TREUEPFLICHT DES GROSSAKTIONÄRS

DISSERTATION
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
HANS FEHRENSEN
aus Göttingen

1964

Göttingen 1965

TREUEPFLICHT DES GROSSAKTIONÄRS

DISSERTATION
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
HANS FEHRENSEN
aus Göttingen

Göttingen 1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Berichterstatter: Prof. Dr. jur. Gerd Rinck
Mitberichterstatter: Prof. Dr. jur. Horst Neumann - Duesberg

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Dezember 1964

Inhaltsübersicht

		Seite
Literaturverzeichnis		I
1. Einleitung		
1.1	Einführung in das Thema	1
1.2	Abgrenzung des Themas	5
2. Formen der Eingliederung und die Möglichkeiten der Schädigung konzernfreier Minderheitsaktionäre		6
2.1	Formen der Eingliederung	6
2.11	Die faktische Eingliederung einer AG in einen Konzern auf Grund einer Beteiligung (Beteiligungskonzern)	6
2.12	Die vertragliche Eingliederung einer AG in ein anderes Unternehmen (Vertragskonzern)	7
2.2	Möglichkeiten der Schädigung konzernfreier Minderheitsaktionäre	17
2.21	Die offene Gewinnabführung an das herrschende Unternehmen	17
2.22	Die verdeckte Gewinnabführung	18
2.23	Sonstige Schädigungsmöglichkeiten	20
2.3	Zusammenfassung	21
3. Die gesetzliche Regelung des Minderheitenschutzes		22
3.1	Die Vorschriften des geltenden Rechts	22
3.2	Überblick über die Entstehungsgeschichte der §§ 101, 197 und 256 AktG	23
3.3	Anhang: Die Regelung des Minderheitenschutzes im Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes	29
4. Die Lücken der geltenden gesetzlichen Regelung		32
4.1	Die Aufzählung der Lücken im allgemeinen	32
4.2	Insbesondere: Die Konzernklausel (=§§ 101,Abs.3 und 197, Abs. 2, S. 2. AktG)	42

Seite

5. Die Ergänzung der Konzernklausel und des § 256 AktG im Schrifttum durch Zuerkennung eines Ausgleichsanspruchs 50

6. Die Zulässigkeit von Weisungen 55

6.1 Der Ausgangspunkt des § 70 AktG 55

6.2 Weisungen im Beteiligungskonzern 55

6.3 Weisungen im Vertragskonzern 58

7. Begründung des Minderheitenschutzes aus der Treuepflicht des Großaktionärs 68

7.1 Die Treuepflicht im Recht der Personalgesellschaften, der GmbH und der eingetragenen Genossenschaft 68

7.11 Die Treuepflicht im Recht der Personalgesellschaften 68

7.12 Die Treuepflicht im Recht der GmbH 70

7.13 Die Treuepflicht im Recht der Genossenschaften 70

7.2 Die Treuepflicht im Aktienrecht 71

7.21 Die Entwicklung des Treuepflichtgedankens im Aktienrecht bis RG 146/71 und 146/385 71

7.22 Auswirkungen der Rechtsprechung auf das Schrifttum vor 1945 74

7.23 Der heutige Stand der Meinungen 76

7.3 Begründung der Treuepflicht des Großaktionärs zur Gesellschaft 80

7.31 Die Bindungen der Aktionäre zur AG im allgemeinen 80

7.32 Die Bindungen des Großaktionärs im besonderen 84

7.33 Abwandlung der Treuepflicht durch das Konzerninteresse 99

7.4 Begründung der Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber den Minderheitsaktionären 108

7.5 Verhältnis zwischen der Treuepflicht des Großaktionärs zur AG und der Treuepflicht zu den Mitaktionären 120

8. Rechte der Kleinaktionäre und der AG bei Verstoß gegen die Treuepflicht durch den Großaktionär 123

8.1 Rechte im Beteiligungskonzern 123

8.11 Leistungsanspruch des Kleinaktionärs 123

8.12 Schadensersatzanspruch 126

Seite

8.121 Höhe des Schadens beim Aktionär 127

8.2 Rechte im Vertragskonzern 129

8.3 Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines HV-Beschlusses 132

8.4 Nichtigkeit der Stimme des Großaktionärs bei Verletzung der Treuepflicht 134

8.5 Kein Ausschluß des Großaktionärs bei gröblicher Verletzung der Treuepflicht 135

9. Verhältnis der Treuepflicht zu anderen Rechtsgrundsätzen und Vorschriften des Aktienrechts 138

9.1 Verhältnis zu §§ 101, 197, II AktG 138

9.11 § 101 AktG 138

9.12 § 197, II AktG 139

9.2 Verhältnis der Treuepflicht zum Grundsatz der gleichmässigen Behandlung 139

9.3 Verhältnis zum Grundsatz der Bindung an das Gesellschaftsinteresse 146

10. Schlußbetrachtung 148

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544311_0058

Literaturverzeichnis

Ballerstedt	Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1949
Ballerstedt	Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft, in Betrieb 1956, S.813-815 und 837-840
Ballerstedt	Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organschaftsvertrag, in Betrieb 1957, S. 837-841
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz, begründet von Baumbach, fortgeführt von Dr. Alfred Hueck unter Mitwirkung von Dr. Götz Hueck, 11. Auflage 1951
Baumbach-Hueck	GmbH-Gesetz, Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, begründet von Baumbach, fortgeführt von Dr. Alfred Hueck unter Mitwirkung von Dr. Götz Hueck, 11. Auflage 1964
Bergmann	Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen (§§ 101, 197, II AktG) in ZHR 105 (1938), S.1-43
Bericht	= Bericht der durch den 34. Deutschen Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission, herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Benzheimer Verlag, Mannheim, 1928
Beyerle	Die Treuhand im deutschen Privatrecht, 1932
Brodmann	Über den Bericht der Aktienrechtskommission des Juristentags, in ZHR 94 (1929), S. 31-86
Bühler	Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Auflage 1956
Bühler-Paulick	Einkommensteuer, Körperschaftssteuer, 2. Auflage (Loseblattkommentar), Stand: 1.10.1962

Cassier	Wer bestimmt die Geschäftspolitik der Großunternehmen? Das Verhältnis zwischen Kapitaleigentum und Entscheidungsgewalt, (236 S.), Frankfurt/Main 1962
Clasen	Die Treuepflicht des Aktionärs. Zum neuen Recht der Kapitalgesellschaften, in ZAkDR 1937, S. 490-493
Danielcik	Aktiengesetz (ein Kommentar) Verlag Georg Stilke, Berlin 1937
Degen	Gegenseitiges Treueverhältnis zwischen Gesellschaftern einer GmbH oder Aktionären einer AG, in JW 1929, S. 1346-1347
Deuß	Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft nach § 112 AktG und das Problem der Aktienrechtsreform (381 Seiten), München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1962
Dietrich	Zum neuen Aktiengesetz, in JW 1937, S. 649-654
Dorpalen	Die Treuepflicht des Aktionärs, in ZHR 102 (1936), S. 1-32
Duden	Aktienrechtliche Fragen zur "Organschaft" mit einem Gnoßaktionär, in BB 1957, S. 49-51
Duden	Die Diskussion über das Konzernrecht, in BB 1957, S. 1230-1236
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert, Band II/2 (§§ 105-177, 335-342)
Eichler	Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 15. Auflage, 1. Halbband 1959
Erlinghausen	Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlußklausel im Aktienrecht, 1960

Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Münster 1962 (Zitierweise: z.B. Erman-Drees)
Esser	Schuldrecht, 2. Auflage, 1960
Fechner	(Besprechung von Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht), in Deutsche Rechtszeitung, 1949, S. 94-95.
Fechner	Die Treuebindungen des Aktionärs, Weimar 1942
Fechner-Schneider	Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht (§§ 9 und 15 des UmwGes von 1956), 1960
Filbinger	Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktien- und Konzernrecht, Dissertation, Freiburg 1942
Fischer	(Siehe unter Großkommentar)
Flume	Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht. Zivilrechtlich-handelsrechtliche und steuerrechtliche Betrachtungen zur Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, in Betrieb 1956, S. 455-464
Flume	Nochmals zur Organschaft im Körperschaftssteuerrecht, in Betrieb 1956, S. 672-674
Flume	Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (in der Schriftenreihe Handelsblatt), Düsseldorf 1958
Fischer	Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911
Friedländer	Konzernrecht 1. Auflage 1927 2. Auflage 1954
Geiler	Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktiengesetzes, Bericht, erstattet dem sog. Enquête-Ausschuss, Berlin 1927
Geßler	Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, in JW 1937, S. 497-503
Geßler	Der Schutz der abhängigen Gesellschaft, in Festschrift für W. Schmidt, Berlin 1959, S. 247-278

Gierke	Handelsrecht, 2. Teil, 5. Auflage, 1941
Gierke	Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage, 1958
Gierke	(Besprechung von Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht) in ZHR 111 (1948), S. 190-199
v. Godin	Besitzt der Aktionär einer vorsätzlich durch unerlaubte Handlung eines Dritten geschädigten AG einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger auf Ersatz des durch die Entwertung entstandenen Vermögensschadens? in ACP 141 (1935), S. 212-223
Godin-Wilhelmi	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz), Erläutert von v. Godin und Wilhelmi, 1. Auflage 1937, 2. Auflage 1950
Großkommentar	= 1. Aktiengesetz, Kommentar, bearbeitet von Gadow, Heinichen, Eberh. Schmidt, W. Schmidt, Weipert, Berlin 1939, (Zitierweise: z.B. Großkomm.AktG Weipert)
	= 2. Aktiengesetz, Großkommentar, begründet von Gadow etc., 2. neu bearbeitete Auflage, 1. Band, Berlin 1961, 2. Band erscheint zur Zeit in Teillieferungen, (Zitierweise: z.B. Fischer Großkomm. z. AktG)
Hachenburg	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von Dr. Max Hachenburg (früher Staub-Hachenburg), 6. Auflage, Berlin 1956, bearbeitet von verschiedenen Autoren (Zitierweise: z.B. Schilling in Hachenburg, GmbH-Ges.)
Hartmann	Konzernrecht und Aktienrechtsreform in Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform, Marburg 1959, S. 53-67
Haupt-Reinhardt	Gesellschaftsrecht, 1952

Haußmann	Gesellschaftsinteresse und Interessenpolitik in der Aktiengesellschaft, in Bank Archiv (Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen) 30. Jahrgang (1930/31) S. 57-65 und S. 86-95.
Haußmann	Der allgemeine Anfechtungstatbestand ("Generalklausel") im Aktienrecht und im Recht der Berggewerkschaft, in Bank Archiv, 31. Jhg. (1931/32), S. 467-475 und 486-493
Haußmann	Vom Aktienwesen und Aktienrecht, 1928
Haußmann	Grundlegung des Rechtes der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim, Berlin, Leipzig 1926
Haußmann	Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen, Zweiter Teil: Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, München, Berlin, Leipzig 1932
Heyl zu Herrnsheim	Treuebegriff im Gesellschaftsrecht, in: Deutsches Recht, 1934, S. 534
Heymann	Die Haftung der Aktionäre und Dritter für gesellschaftsschädliche Handlungen, in Festgabe für Wieland (Titel: Beiträge zum Handelsrecht), Basel 1934,
Horrwitz	Über die Freiheit der Abstimmung im Aktienrecht, in JW 1930, S. 2637-2643
Hueck, Alfred	Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, 1924
Hueck, Alfred	Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen und die Rechtsprechung des Reichsgerichts in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts, in sechs Bänden), Band IV, S. 167-189
Hueck Alfred	Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (vorgetragen am 6.9.1946) (Heft 7 der Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften), München 1947

Hueck, Alfred	Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge, in: Betrieb 1959, S. 223-228
Hueck, Alfred	Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, 1963
Hueck, Götz	Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
Joss	Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, Aarau 1936 (veröffentl. Dissertation)
Kißkalt	Zweiter Bericht über die Arbeiten des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, in: ZAkDR 1937, S. 247 ff
Klausing	Treuepflicht des Aktionärs? in: Festschrift für Schlegelberger, 1934, S. 405-456
Knöpfel	Die Treuepflicht im Recht der GmbH, Dissertation, München 1954
Krähe	Konzern-Organisation, verfasst vom Arbeitskreis Krähe, 1952
Krollmann	Die Eingliederungsvoraussetzungen der Organschaft, in: AG 1961, S. 253-257
Krückmann	Ersatzklage des Aktionärs wegen Schädigung der Aktiengesellschaft, in ZHR 102 (1936), S. 208-215
Küster	Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts, im deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954
Lang-Weitmüller	Genossenschaftsgesetz, 27. Auflage, 1959
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 5. Auflage, 1962
Lehmann, H.	Die Unterlassungspflicht, München 1906
Lehmann, H.	Die Generalklausel des neuen Aktiengesetzes, in: Festschrift für Hedemann, Jena 1938, S. 399-411
Lehmann, K.	Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Band, Berlin 1904
Lifschütz	Die Generalklausel im Aktienrecht, 1931

Meise	Zivilrechtliche Probleme der Organschaft, Dissertation, Berlin 1935
Mestmäcker	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958, (Zitierweise: Konzerngewalt)
Mestmäcker	Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen, (zu BGH 10.6.1960, Bd. 33, S. 175) in: BB 1961, S. 954-952
Meyer-Meulenberg	Genossenschaftsgesetz, 9. Auflage, 1963
Müller-Erzbach	Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Großaktionäre, Heft 1 der gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen, Berlin 1929
Müller-Erzbach	Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
Netter	Probleme des lebenden Aktienrechts, Berlin 1929
Netter	Die Fragebogen des Reichsjustizministeriums zur Reform des Aktienrechts, in: ZHR 1929, S. 161 ff und 123 ff
Netter	Über den Einfluss des Widerstreits zwischen Konzerninteresse und Einzelinteresse auf die Wirksamkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, in: JW 1931, S. 3030-3034
Netter	Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmens an sich", in: Festgabe für Albert Pinner, 1932, S. 507-612
Pleyer	Aktienrecht und Unternehmenskonzentration, in: AG 1959, S. 8-13 und 39-43
Paulick	Die eingetragene Genossenschaft, 1954
Paulick	Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, 1956
Quassowski	Der Abschluß der Aktienrechtsreform, in: ZAkDR 1937, S. 101-104
Rasch	Deutsches Konzernrecht, 2. Auflage 1955

Rathenau	Vom Aktienwesen, Eine geschäftliche Betrachtung, Berlin 1918
Reform	= Zur Reform des Aktienrechts, Antworten des Deutschen Anwaltsvereins auf die Fragen des Reichsjustizministers, I. Teil (176 S.) II. Teil (115 S.) Leipzig 1929
RGR-Kommentar	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Band, bearb. von O. Weipert, 2.Aufl., Berlin 1950 (Zitierweise: z.B. Weipert in RGR-Komm. z. HGB)
Rinck	Wirtschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
Rinck	Konzernrecht im Juristenjahrbuch, 5. Bd., 1964/65, S. 121-132
Ritter	Aktienrecht, ein Kommentar, 2. Auflage des Kommentars zum HGB, Band 2, Abschnitt 3 und 4, Berlin und München 1939
Ritter	Gleichmäßige Behandlung der Aktionäre, in: JW 1934, S. 3025-3029
Rosendorff	Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927
Ruth	(Anmerkungen zu RG 5.3.1938, Bd. 157, S. 213), in: JW 1938, S. 1653
Schilling-Hachenburg	s. unter Hachenburg
Schilling Großkomm.	s. unter Großkommentar
Schilling	Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts, in: JZ 1953, S. 489-494
Schilling	Konzernfragen, in: JZ 1957, S. 529-531
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, erläutert von Gessler, Hefermehl, Hildebrand und Schröder, 4. Auflage, 2. Band, Berlin und Frankfurt 1963 (Zitierweise: z.B. Schlegelberger-Gessler)

Schlegelberger	Die Erneuerung des deutschen Aktienrechts, (ein Vortrag), Berlin 1935
Schlegelberger-Quassowski	Aktiengesetz (Kommentar), herausgegeben von Schlegelberger, Quassowski u.a., 3. Auflage, Berlin 1939
Schmidt	Die gegenseitige Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter, in: GmbH-Rundschau 1960, S. 137-141
Schmidt, Großkomm.	s. unter Großkommentar
Schmidt in Hachenburg	s. unter Hachenburg
Schmidt-Meyer-Landrut	s. unter Großkommentar
Scholz	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage, 1950
Schumann	Handelsrecht, Band I: Handelsstand - Handelsgesellschaften, Betriebswirtschaftlicher Verlag Th. Gabler, Wiesbaden 1954
Siebert	BGB-System und völkische Ordnung in: Deutsche Rechtswissenschaft, 1. Band 1936, S. 204-268
Siebert	(Anmerkung zum U. des RG 146/385) in: JW 1935, S. 1553-1554
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert, bearb. von Abraham, Augustus, usw. 9. neu bearbeitete Auflage, 1959
Staub-Pinner	Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, bearb. von Pinner u.a., 2. Band, 1932
Staudinger	J. v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erläutert von Brändel u.a., 11. Auflage 1958, (Zitierweise: z.B. Staudinger-Riezler)
Teichmann-Köhler	Aktiengesetz, Kommentar von Teichmann und Köhler, 2. Auflage 1939 3. Auflage 1950
Ulmer	Die Anfechtbarkeit von Umwandlungsbeschlüssen wegen Mißbrauchs des Mehrheitsgesellschafters, in: BB 1964, S. 665-668

Vogel	GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1956
v. Welter	Erneuerung des Aktienrechts! Frankfurt 1929
Wieland, Karl	Handelsrecht, Band I 1921 Band II 1931, München, Leipzig
v. Winterfeld	Organschaft und Konzernhaftung, in: NJW 1949, S. 92-93
Wolff	Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), ein Studienbuch, München und Berlin 1962
Wolff	Organschaft und juristische Person, Band II: Theorie der Vertretung, Berlin 1934
Würdinger	Recht der Kapitalgesellschaften, 1943
Würdinger	Aktienrecht, Eine systematische Darstellung, Karlsruhe 1959
Würdinger	Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Band II F., dritte Abteilung, 1952
Wüst	Die Interessengemeinschaft, Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts, (172 S.), Frankfurt/Main und Berlin 1958
Zartmann	Probleme der Dividendengarantie in Organschaftsverträgen, insbesondere die Sicherstellung der Minderheitsaktionäre, in: AG 1964, S. 87-91 und 118-120
Zöllner	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963, (Zitierweise: Schranken).

1. Einleitung

1.1. Einführung in das Thema

Ein Merkmal der heutigen Wirtschaft ist die stetig fortschreitende Unternehmenskonzentration. [1] In umfangreichem Maße vollzieht sie sich durch Eingliederung von wirtschaftlich selbständigen Unternehmen in andere, meist größere Unternehmen. Die Expansion eines Unternehmens in dieser Form pflegt in der Regel vorteilhafter zu sein als eine Vergrößerung durch unmittelbare Schaffung neuer Kapazitäten. Es entfallen zum Beispiel kostspielige und zumeist langwierige Planungen, die zeitraubende Errichtung neuer Produktionsanlagen, die Beschaffung von Arbeitskräften, der Ausbau der Absatzorganisation, die häufigen Anlaufschwierigkeiten und anders mehr. Die Vergrößerung von Umsatz und Marktanteil ergibt sich mühelos aus dem Fortfall eines Konkurrenten, dessen Marktanteil und Kundenkreis übernommen wird. Es bedarf dazu keiner schrittweisen Ausdehnung im mühsamen Konkurrenzkampf. Das klassische Mittel der Eingliederung eines Unternehmens in ein anderes ist der Erwerb der Mehrheitsbeteiligung. [2] Handelt es sich bei dem bisher selbständigen Unternehmen um eine Aktiengesellschaft (AG), so erfolgt der Erwerb durch den Kauf sämtlicher oder der Mehrheit der Aktien, entweder über die Börse oder direkt von einem oder mehreren Großaktionären. Mit dem Erwerb der Aktienmehrheit ist es dem nunmehrigen Mutterunternehmen möglich, die eingegliederte AG zu beherrschen und sie der eigenen Geschäftspolitik unterzuordnen.

Macht das Mutterunternehmen von dieser Möglichkeit Gebrauch, dann bildet es zusammen mit der eingeglie-

---

1) zu diesem Begriff, dessen Gegensatz die Eigentumskonzentration ist, s. Hartmann "Konzernrecht und Aktienrechtsreform" in Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform, Marburg 1959, S. 53-67 (59) und Konzentrationsenquête, Bundestagsdrucksache IV/2320 vom 5.6.64.

2) Würdinger, Aktienrecht § 28, B, I., 1 = S. 193.

derten AG einen Konzern, und die eingegliederte AG wird zum Konzernunternehmen (§ 15, II AktG). Voraussetzung dafür ist, daß der Mehrheitsaktionär entweder ein eigenes Unternehmen betreibt, bereits an einem anderen Unternehmen beteiligt ist oder selbst ein Unternehmen ist, das seinerseits von einem anderen Unternehmen beherrscht wird. Gleichgültig ist es, in welcher Form das Mutterunternehmen betrieben wird, als Einzelunternehmen (Beispiel: Krupp), als Personal- oder als Kapitalgesellschaft (AG und GmbH).

Für das herrschende Mutterunternehmen hat die eingegliederte AG trotz ihrer juristischen Selbständigkeit nur noch die Funktion einer Betriebsabteilung oder Betriebsstätte. Die AG ist nur noch nach außen eine selbständige Person, im Innern ist ihre Willensbildung nicht mehr frei. [1] Die Vorstandsmitglieder der eingegliederten Gesellschaft nehmen gegenüber der Muttergesellschaft (dem herrschenden Unternehmen) die gleiche Stellung ein, die ein Angestellter innehat, der eine auch juristisch unselbständige Betriebsabteilung des Mutterunternehmens leitet.

Ausser der Eingliederung aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung ist eine Eingliederung aufgrund von Konzernverträgen möglich, deren Abschluß in § 256 AktG geregelt ist. Die Konzernverträge führen ebenfalls zu einer rechtlichen Abhängigkeit der eingegliederten AG, wenn diese vertraglich verpflichtet wird, den Weisungen der Muttergesellschaft nachzukommen.

Beide Eingliederungsformen führen dazu, daß das beherrschende Unternehmen in verschiedener Weise auf die eingegliederte AG Einfluß nehmen kann.

So kann der Tochtergesellschaft vorgeschrieben werden, welche Produkte sie herstellen soll, von wem und zu welchen Preisen sie Rohstoffe beziehen und an wen und zu welchem Preis sie die Fertigprodukte absetzen soll.

---

1) Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 581.

Das Mutterunternehmen kann bestimmen, ob und welche Investitionen vorgenommen werden sollen, ob die Fertigungskapazitäten ausgebaut werden und ob Teile des Betriebs - oder gar der ganze Betrieb - stillgelegt werden sollen. Diese Beispiele zeigen, wie entscheidend der Einfluß der Muttergesellschaft sein kann. Genausogut aber können der Tochtergesellschaft auch weitgehende Freiheiten eingeräumt werden. Dies ist eine Frage der Konzernorganisation, die zentralistisch oder dezentralisiert aufgebaut sein kann [1]. Es ändert jedoch nichts an dem Tatbestand der Eingliederung und damit der Beherrschung der AG.

Eine entscheidende Folge der Eingliederung ist es, daß die Leitung der eingegliederten AG nicht mehr an ihrem alleinigen Interesse, sondern am Interesse des Konzerns orientiert ist. Die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft wird unter Berücksichtigung des Steuerrechts, des Standorts, des Arbeitsmarktes, des Absatzgebietes und vieler anderer Faktoren vor allem danach ausgerichtet, ob ein maximaler Nutzen für den Konzern entsteht.

Bei jeder Eingliederung einer AG wird die Stellung etwa vorhandener Minderheitsaktionäre verändert. Sie gewinnen, wenn sich die Konzerneingliederung auf die AG positiv auswirkt. Die eingegliederte AG kann zum Beispiel an dem reichen betrieblichen Erfahrungsschatz aller Konzernunternehmen teilnehmen. Eine besser organisierte Verwaltung, ein produktionstechnisch besser geplanter Betrieb können die Folgen sein. Die eingegliederte AG kann an der gemeinsamen Forschung des Konzerns teilnehmen, sie kann durch gemeinsame Werbung oder durch gemeinsamen Ein- oder Verkauf entsprechende eigene Abteilungen sparen, durch den finanziellen Rückhalt an der Konzernmutter sind wichtige (intensivierende und kostensparende) Investitionen möglich,

---

1) Auf die Ungebundenheit vieler Verwaltungen in Konzernunternehmen weist Cassir, "Wer bestimmt die Geschäftspolitik der Großunternehmen?" 1962, insbesondere S. 98 hin.

die Fabrikation wird im Rahmen des Gesamtkonzerns rationalisiert und auf besonders gewinnbringende Artikel konzentriert, es stehen die Spezialisten anderer Konzernunternehmen zur Verfügung und vieles andere mehr. Diese positiven Auswirkungen sind für die Rechtsstellung der Kleinaktionäre unproblematisch.

Die von der Konzernspitze verfolgte Geschäftspolitik im Interesse des Konzerns kann sich aber - für die eingegliederte AG allein betrachtet - ebenso nachteilig für diese auswirken. Die eingegliederte AG muss zum Beispiel zugunsten eines anderen Konzernunternehmens auf eine mögliche Kapazitätserweiterung oder auf die Herstellung eines gewinnbringenden Produkts verzichten, muß Betriebsteile stillegen und so weiter. Derartige Maßnahmen können durchaus im Interesse und zum Vorteil des Konzerns getroffen werden. Sie gehen jedoch zu Lasten der Minderheitsaktionäre der betroffenen eingegliederten AG, da diese - im Gegensatz zum Großaktionär - nicht am Vorteil des Konzerns als Ganzem beteiligt sind.

Daraus entsteht ein schwerwiegender Interessenkonflikt zwischen dem Großaktionär, der nur an dem wirtschaftlichen Gesamterfolg des Konzerns interessiert ist, und den konzernfreien Minderheitsaktionären, deren Interesse nur der AG gilt, an der sie beteiligt sind. Der Schaden des Großaktionärs wird durch einen erhöhten Nutzen aus einem anderen Unternehmen kompensiert. Die Kleinaktionäre nehmen an diesem Ausgleich jedoch nicht teil.

Es ist die Aufgabe dieser Arbeit zu untersuchen, wie die Kleinaktionäre vor einer für sie nachteiligen und schädigenden Geschäftspolitik geschützt werden können, ohne dabei berechtigten Interessen des Konzerns entgegenzustehen. Ein Ausgleich zwischen diesen möglicherweise widerstreitenden Interessen soll angestrebt werden.

1. 2 Abgrenzung des Themas

Insbesondere jedoch gilt die Untersuchung der Frage, ob sich der Schutz der Kleinaktionäre durch die Annahme der Treuepflicht des Großaktionärs, der sich unternehmerisch betätigt, erreichen läßt.

Mit der Eingliederung einer AG in ein anderes Unternehmen ergeben sich nicht nur Gefahren für die konzernfreien Aktionäre, sondern auch für die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft. Da diesen nur das Vermögen der AG haftet, kann ein beherrschender Großaktionär zu seinem Vorteil das Vermögen der AG derart schmälern, daß für die Gläubiger keine ausreichende Haftungsgrundlage mehr besteht. Damit entsteht das Problem, wie auch die Gläubiger vor etwaigen Benachteiligungen einer Eingliederung geschützt werden können. Gläubiger- und Aktionärsschutz haben aufgrund derselben tatsächlichen Ausgangssituation gemeinsame Berührungspunkte, wie die Darstellung noch zeigen wird. Jedoch wird der Gläubigerschutz im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden. Für den Gläubigerschutz sind andere rechtliche Gesichtspunkte als für die Aktionärsschutz maßgebend. Das Rechtsinstitut der Treuepflicht kann nur die Aktionäre schützen. Dem Gläubigerschutz dienen bestimmte Vorschriften des Aktiengesetzes, in erster Linie die Bestimmungen, die den Grundsatz der Erhaltung des Kapitals sichern sollen. (z.B. §§ 52, 54 AktG). Bei der Eingliederung einer AG ist von diesen Vorschriften auszugehen, wenn der Schutz der Gläubiger erstrebt wird, und es sind rechtliche Sicherungen vor möglichen Umgehungen dieser Vorschriften zu finden.

2. Formen der Eingliederung und die Möglichkeiten der Schädigung konzernfreier Minderheits-Aktionäre.

In der Praxis steht die Beherrschung einer AG mit ihrer gleichzeitigen Konzerneingliederung derart im Vordergrund, daß es gerechtfertigt erscheint, den Minderheitenschutz in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Konzerneingliederung zu behandeln.

Vor der Erörterung des Rechtsschutzes für die konzernfreie Minderheit soll ein Überblick über die Formen der Eingliederung juristisch selbständiger AGen in ein anderes Unternehmen und die Möglichkeiten der Schädigung der Minderheitsaktionäre gegeben werden, um damit die tatsächliche Grundlage für die Rechtsausführungen zu vermitteln.

2. 1 Formen der Eingliederung.

Bereits in der Einleitung wurden die beiden Möglichkeiten der Eingliederung erwähnt: die auf Grund einer Beteiligung und die auf Grund eines Vertrages [1].

2. 11 Die faktische Eingliederung einer AG in einen Konzern auf Grund einer Beteiligung (Beteiligungskonzern).

Der Erwerb der Aktienmehrheit bildet das klassische Mittel der Konzerneingliederung und ist in den überwiegenden Fällen auch die Grundlage von Vertragskonzernen [2]. Die Beteiligung ermöglicht die Beherrschung eines Unternehmens, ohne daß dieses vertraglich gebunden wird. Darüber hinaus bietet eine Beteiligung auch für den Vertragskonzern eine zusätzliche Sicherung vor Vertragsauflösungen. Die Beteiligung muß so groß sein, daß sie einen beherrschenden Einfluß ermöglicht. Wenn nicht besondere Umstände vorliegen, ist die Innehabung von mehr als 50 % der stimmrechtsberechtigten Aktien erforderlich [3]. Diese Mehrheit ist ausreichend, um nach § 87 AktG die Aufsichtsratmitglieder zu wählen und so

1) Haußmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, 1926, S. 108 oben und S. 125-127, spricht von "dinglichen" und "obligatorischen" Zusammenfassungen.
2) Rasch, Konzernrecht, 2. Auflage, S. 40.
3) Schmidt in Großkomm.AktG § 15 Anm. 4, 3. Absatz

über § 75 AktG die Wahl der Vorstandsmitglieder in der Hand zu haben. Es besteht jedoch die Möglichkeit, daß die Satzung eine größere (§ 113, I AktG) oder geringere (§ 113, II AktG) Anzahl von Stimmen vorschreibt.

Nicht erforderlich ist es, daß der fünfundzwanzigprozentige Aktienanteil von einem Unternehmen gehalten wird. Es genügt vielmehr, daß verschiedene Unternehmen ein- und desselben Konzerns zusammen über fünfzig Prozent der Aktien besitzen. Durch die Tatsache, daß alle Konzernunternehmen unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung stehen (vgl. § 15 AktG), ist auch die Abstimmung im Sinne der Konzernleitung in der Hauptversammlung gesichert.

2. 12 Die vertragliche Eingliederung einer AG in ein anderes Unternehmen (Vertragskonzern)

Verträge, die einen beherrschenden Einfluß auf eine AG sichern, führen zur Bildung eines Subordinationskonzerns nach § 15, II AktG. Sie begründen die Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen. Derartige Konzernverträge können verschieden ausgestaltet sein. Man unterscheidet deshalb verschiedene Gruppen, für die sich jedoch keine einheitliche Terminologie findet. Die wichtigsten Konzernverträge sind aber in § 256 AktG unter der irreführenden Überschrift "Gewinngemeinschaft" erfaßt. Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt darin, daß die dort genannten Verträge nur mit Zustimmung der Hauptversammlung, und zwar mit Dreiviertel-Mehrheit, abgeschlossen werden dürfen. In Anlehnung an die in § 256,II AktG verwandten Ausdrücke wird die folgende Einteilung vorgenommen.

1) In § 256 Abs. I AktG werden Verträge genannt, durch die sich eine AG verpflichtet, an einen anderen Gewinn abzuführen. Diese Pflicht begründet keinen besonderen Vertragstyp, sondern kann Gegenstand aller möglichen Vertragsarten sein.

2) In § 256 Abs. II AktG wird zunächst der Unternehmenspachtvertrag genannt. Durch diesen verpflichtet sich eine AG, einem anderen den Betrieb ihres Unternehmens

zu verpachten. Mit einem solchen Pachtvertrag sichert sich das herrschende Unternehmen seinen Einfluß dadurch, daß es den Betrieb wie jeder Pächter in eigener Regie, auf eigene Rechnung und in eigenem Namen führt. Damit ist der Pachtvertrag die engste Form der Konzernverflechtung. Sie tritt auch nach außen in Erscheinung, weil das Tochterunternehmen als Vertragspartner im Rechtsverkehr nicht mehr in Erscheinung tritt, wenn die Muttergesellschaft das Unternehmen der Tochtergesellschaft in eigenem Namen betreibt.

Beim Unternehmenspachtvertrag ist nicht einmal für Weisungen an die abhängige Gesellschaft Raum. Denn eine Gesellschaft, die die Geschäftsführung des Unternehmens durch Verpachtung verloren hat, kann hinsichtlich des Betriebs des Unternehmens nicht mehr Empfänger von Weisungen sein [1]. Die Geschäftsführung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft beschränkt sich vielmehr darauf, den Pachtzins in Empfang zu nehmen, zu verwalten und jene Maßnahmen zu treffen, welche zur Erfüllung der Verpächterpflichten notwendig sind [2]. Das verpachtete Tochterunternehmen wird zur "Rentnergesellschaft" [3].

Führen die Vorstandsmitglieder bei dem Unternehmenspachtvertrag die Geschäfte trotz der Verpachtung weiter, haben sie eine Doppelfunktion: Sie sind dann nicht nur Vorstand, also Organ der Tochtergesellschaft, sondern zugleich "Angestellte" der Muttergesellschaft, die für die Muttergesellschaft und in deren Namen handeln. Daraus folgt, daß die Weisungen nicht an die Tochtergesellschaft oder deren Organe ergehen, sondern nur an die Vorstandsmitglieder in ihrer Eigenschaft als "Angestellte" der Muttergesellschaft. Sie handeln insoweit nicht in Erfüllung von Verpächterpflichten, sondern als Untergebene des Mutterunternehmens. Ihre Geschäftsführung als Organ der Tochtergesellschaft beschränkt sich nur auf die vom Verpächter wahrzunehmenden Aufgaben. Genau genommen müßten sie daher neben den Vorstandsbezügen,

---

1) Würdinger, Akt.Recht, § 28 B.II.3.a)) = S. 201
2) Würdinger, Akt.Recht, a.a.O. S. 200
3) Würdinger, a.a.O.

die die Tochtergesellschaft bezahlt, eine Vergütung von dem Mutterunternehmen für die diesem erbrachten Dienste erhalten. Wenn die Tochtergesellschaft trotzdem allein eine Vergütung bezahlt und damit die Gesamttätigkeit der Vorstandsmitglieder abgilt, liegt eine Benachteiligung der Tochtergesellschaft vor, wenn diese Tat sie bei der Bemessung des Pachtzinses unberücksichtigt geblieben ist.

3) Neben den Unternehmenspachtverträgen nennt § 256 Abs. 2 AktG Verträge, durch die eine AG einem anderen den Betrieb ihres Unternehmens "sonst überläßt". Derartige sonstige Betriebsüberlassungsverträge liegen vor, wenn das betriebsführende Mutterunternehmen zwar den Betrieb wie eine Pächterin selbst und für eigene Rechnung führt, das aber nach außen nicht in Erscheinung tritt, da sie im Namen der Tochtergesellschaft handelt. Deswegen spricht man auch von einer sogenannten Innenpacht [1]. Bei dieser Vertragsgestaltung muß das herrschende Unternehmen durch eine Vollmacht der beherrschten Gesellschaft legitimiert werden [2]. Das Beispiel eines Betriebsüberlassungsvertrages, der nach der heute gebräuchlichen Terminologie zu Unrecht als Interessengemeinschaftsvertrag bezeichnet wird [3], findet sich bei Rosendorff [4]. Einige typische Bestimmungen lauten folgendermaßen:

§ 1

Hüttenwerke und Bergwerksverein vereinigen sich, um.... in einer die beiderseitigen Interessen fördernden Gemeinschaft unter Aufrechterhaltung ihrer Selbständigkeit als juristische Person zusammenzuarbeiten.

---

1) Würdinger, Aktienrecht § 28 B.II.3.e) = S. 202. Im übrigen siehe Rasch, Konzernrecht 2) S. 62; Schilling, in Großkomm. AktG § 256 Anm. 18. Auf die streitige Frage, ob auch die Führung des Betriebs der Tochtergesellschaft auf deren Rechnung als ein unter § 256 Abs. 2 AktG fallender Betriebsüberlassungsvertrag angesehen werden kann, braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Sie dürfte jedoch mit Würdinger (a.a.O. S. 204) und Mestmäcker (Konzerngewalt, S. 320, 327) zu verneinen sein.

2) Friedländer, Konzernrecht, 1. Aufl. 1927, S. 184.

3) such auch Haußmann, Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen, 2. Teil, 1932, S. 133, bezeichnet das Beispiel als unechte IG.

4) Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927, Anhang S. 124.

Jede der beiden Gesellschafterinnen bleibt Eigentümerin ihres Vermögens.

Die Geschäftsführung dieser Interessengemeinschaft steht den Hüttenwerken allein zu.

Zur Erreichung dieses Gemeinschaftszwecks überträgt der Bergwerksverein für seine Rechnung den Hüttenwerken die Verwaltung seines ganzen Vermögens... Die Hüttenwerke haben bei Ausübung der Verwaltung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden, der fremde Vermögensgegenstände verwaltet....

Der Bergwerksverein wird den Hüttenwerken eine ... unwiderrufliche Generalvollmacht zur Geschäftsführung und Vertretung ausstellen.

§ 2

Die Verteilung der Überschüsse geschieht nach folgenden Grundsätzen: zunächst erhält der Bergwerksverein denjenigen Betrag, der ihn in die Lage setzt, ... nachstehende Dividende .... auszuzahlen:
(Steigerung von 10 % auf 14 %).
Der übrige Gewinn, gleichgültig, ob er vom Bergwerksverein oder den Hüttenwerken erzielt wird, fällt den Hüttenwerken zu.

§ 3

Die dem Bergwerksverein nach den Vorschriften dieses Vertrages zufließenden Gewinne scheiden mit ihrer Fälligkeit aus der weiteren Verwaltung der Hüttenwerke aus und gehen in die freie Verfügung des Bergwerksvereins.

§ 6

Hüttenwerke verpflichten sich, in der Zeit vom 1. Juli 1942 bis 30. Juli 1942 auf Verlangen des Bergwerksvereins oder auf Verlangen eines jeden einzelnen Aktionärs jede zum Kauf angebotene Aktie zum Kurs von 250 % ... gegen Barzahlung zu gewähren.

Als Interessengemeinschaft würde man heute den Vertrag nicht bezeichnen, weil keine Gewinngemeinschaft vorliegt [1]. Bei dieser findet eine Teilung des Gewinnes nach einem bestimmten Schlüssel statt und liegt eine BGB - Gesellschaft vor (§ 705 ff BGB), weil ein gemeinschaftlicher Zweck verfolgt wird und

1) Zum heutigen Begriff der IG: Hueck, Gesellschaftsrecht, § 34, III (s. S. 191 d. 10. Aufl. 1960).

die Geschäfte für gemeinsame Rechnung geführt werden. Der oben genannte Vertrag hat jedoch trotz seiner Bezeichnung und Ausdrucksweise nur die Merkmale eines Austauschvertrages, bei dem die herrschende Gesellschaft auf eigene Rechnung handelt, und das beherrschte Unternehmen eine Vergütung erhält.

4) Als letzte Möglichkeit nennt § 256 Abs. 2 Akt G einen Vertrag, durch den eine AG ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen übernimmt. Derartige Verträge sollen im Abschluß an die Ausdrucksweise des § 256 AktG Betriebsführungsverträge genannt werden, obwohl mit dieser Bezeichnung zum Teil ganz anders gestaltete Verträge erfaßt werden [1]. Sie unterscheiden sich von den Unternehmenspacht- und sonstigen Betriebsüberlassungsverträgen dadurch, daß der Tochtergesellschaft weiterhin die Geschäftsführung verbleibt, diese jedoch im Interesse und für Rechnung der Muttergesellschaft erfolgt [2]. Damit ist die Tochtergesellschaft zugleich weisungsabhängig von der Muttergesellschaft, weil eine Geschäftsführung für einen anderen, in dessen Interesse und auf dessen Rechnung zur Folge hat, daß sie an dem Willen des anderen orientiert sein muß und der andere weisungsbefugt ist (siehe zum Beispiel für den Auftrag und den Geschäftsbesorgungsvertrag den § 665 BGB, für das Kommissionsgeschäft

---

1) Und zwar Verträge, nach denen die Gesellschaft A die Geschäftsführung auf die Gesellschaft B überträgt und die Gesellschaft B eine Vergütung dafür erhält. In derartigen Fällen muß die Gesellschaft B aber immer für Rechnung und im Namen von A handeln. In diesem Sinne gebrauchen die Bezeichnungen:
Friedländer, Konzernrecht, 1. Aufl. 1927, S. 185;
Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 320, 321;
Zöllner, Schranken, S. 250, Anm. 120;
Dieselbe Terminologie wie die vorliegende Arbeit verwendet Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. 1955, S. 63;
Schlegelberger - Quassowski § 256, Anm. 10;
Meyer - Landrut, in Großkomm. AktG § 256, Anm. 19;
Würdinger, Aktienrecht, ' 28 B.II.3 b) = 201/202, der allerdings eine weitere Unterscheidung vornimmt und zwei weitere Gruppen nennt: die Indienststellungsverträge (§ 675 BGB) und die Geschäftsbesorgungsverträge (a.a.O. S. 204). Das sind jedoch auch Betriebsführungsverträge i.S. des § 256, II. 3. Altern., wie auch Würdinger selbst auf S.195 zeigt.

2) Meyer-Landrut in Großkomm. AktG § 256 Anm. 19.

den § 385 HGB). Als Beispiel eines Betriebsführungsvertrages findet sich bei Rosendorff [1] ein zwischen der Firma Krupp und der Grisonwerk AG abgeschlossener Vertrag, der dort jedoch als Betriebsüberlassungsvertrag bezeichnet wird. Einige wesentliche Bestimmungen lauten auszugsweise:

§ 1

Die AG Grisonwerk bleibt für die Dauer des Vertrages als selbständige AG bestehen. In der Organisation ihres Vorstandes ... soll nur insofern eine Änderung eintreten als:

über die Anstellung neuer Vorstandsmitglieder der Aufsichtsrat sich mit der Fa. Krupp zu verständigen hat und deshalb in ... § 15 des Gesellschaftsstatuts ... die Worte "auf Vorschlag oder mit Zustimmung der Fa. Friedrich Krupp" eingeschaltet werden sollen...

§ 2

... das Grisonwerk (wird zwar) weiterhin von seinem Vorstand geleitet, der Vorstand ist aber verpflichtet .... bei (der) Leitung die Anordnungen und Bestimmungen der Fa. Krupp zu befolgen.

§ 3

Mit der Perfektion des Vertrags sind beide Firmen befugt, wechselseitig die der einen oder der anderen zustehenden Patente ohne weiteres Entgelt zu benutzen...

§ 4

... Die Fa. Krupp übernimmt die Garantie, daß alljährlich ... eine Dividende von 9 % an die Aktionäre zur Verteilung gelangt ... Sollte ... das Grisonwerk mit Unterbilanz abschließen, ... ist die Fa. Krupp verpflichtet, ... die Unterbilanz auszugleichen. Als Gegenleistung ... fällt der Fa. Krupp derjenige Reingewinn zu, welcher ... noch übrig bleibt.

Dieser Vertrag ist allerdings kein besonders typisches Beispiel eines Betriebsführungsvertrages, weil er auch Elemente des Betriebsüberlassungsvertrages aufweist. Er ist ein Betriebsführungsvertrag, weil die beherrschte AG weiterhin von ihrem eigenen Vorstand geleitet wird. Andrerseits tendiert der Vertrag zum Betriebsüberlassungsvertrag, weil die Firma Krupp über

---

1) Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927, Anh. S.120.

die Anstellung von Vorstandmitgliedern mitentscheiden kann.

Das Beispiel zeigt jedoch deutlich, daß oft eine genaue Eingruppierung in die Vertragstypen des § 256 II AktG nicht möglich ist, und die Übergänge fließend sind. Darüber hinaus zeigt ein Vergleich der angeführten Vertragstypen, daß sie sich inhaltlich überhaupt nicht wesentlich unterscheiden. Vielmehr ist die zivilrechtliche Einordnung nur ein Gewand für einen immer gleichen Sachverhalt: die Tochtergesellschaft gibt ihre Unabhängigkeit auf und betreibt ihr Unternehmen nur noch als Bestandteil des herrschenden Unternehmens. Entweder geht die Geschäftsführung ganz auf das herrschende Unternehmen über, oder die abhängige Gesellschaft ist den Weisungen des Mutterunternehmens unterworfen. Die zivilrechtliche Typisierung von Konzernverträgen ist jedoch dann ohne Bedeutung, wenn das herrschende Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung an der abhängigen Gesellschaft hat.

Diesem wirtschaftlichen Sachverhalt trägt das Steuerrecht mit dem Begriff der Organschaft Rechnung, der in § 2 Abs. 2, Nr. 2 Umsatzsteuergesetz [1], 114 AO [2] und § 2 Abs. II, 2. Gewerbesteuergesetz [3] seine gesetzliche Regelung gefunden hat. Nach diesen Bestimmungen liegt eine Organschaft vor, wenn die Gesellschaft dem Willen eines Unternehmens derart untergeordnet ist, daß sie keinen eigenen Willen mehr hat.

Dieser Tatbestand wird durch die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung erfüllt [4].

Die finanzielle Eingliederung wird durch eine kapitalmäßige Beherrschung erreicht, also mindestens mit einer Beteiligung von über 50 % [5], für die Umsatzsteuer von über 75 % [6].

---

1) v. 1.9.1951 BGBl. I S. 791.
2) Reichsabgabenordnung v. 22.5.1931, RGBl. I S. 161, dazu siehe auch § 3 StErlG Berlin i.d.F. 26.7.1962.
3) i.d.F. vom 31.7.1963, BGBl. I S. 567.
4) § 2, II,2. UStG und § 3 GewSt-DVO i.d.F. v. 30.5.1962 BGBl. I S. 372.
5) BFH, U. v. 25.10.1962, Bd. 72 S. 185; Krollmann, Die Eingliederungsvoraussetzungen der Organschaft, in AG 1961, S. 253-257 (253).
6) § 2,II,2. UStG.

Die organisatorische Eingliederung besteht in der Leitung, Durchführung und Überwachung der Geschäftsführung des Organs durch das herrschende Unternehmen [1]. Dabei ist ein wichtiges Merkmal, daß leitende Personen des Organs von dem herrschenden Unternehmen gestellt werden [2].

Die wirtschaftliche Eingliederung erfordert, daß das Unternehmen der Organgesellschaft in ein Unternehmen des Organträgers eingefügt ist, was bedeutet, daß die Obergesellschaft selbst ein gewerbliches Unternehmen betreiben muß. Merkmale wirtschaftlicher Abhängigkeit liegen beispielsweise vor, wenn das Organ hinsichtlich des Warenbezugs, der Preisfestsetzung und ähnlicher Geschäftshandlungen an genaue Vorschriften des herrschenden Unternehmens gebunden ist, oder wenn das Organ in den Produktionsablauf des herrschenden Unternehmens eingebaut ist. Der Bundesfinanzhof [3] legt besonderen Wert darauf, daß die Organgesellschaft dem herrschenden Unternehmen dient.

Damit sich die Organschaft auch auf die Körperschaftssteuer auswirkt, ist es erforderlich, daß das herrschende Unternehmen mit abhängigen Gesellschaften sogenannte Organschaftsverträge abschließt [4]. Diese unterscheiden sich in ihrem wesentlichen Inhalt nicht von den Betriebs-, pacht-, -überlassungs- und führungsverträgen, verzichten

---

1) Krollmann a.a.O. S. 255.
2) Krollmann a.a.O. S. 255.
3) U. vom 25.6.1957, BStBl 1957 III S. 303.
4) Bühler-Paulick, Einkommensteuer, Körperschaftssteuer, 2. Auflage, Stand 1.10.1962, § 9 KörpStG Anm. 12. Die Organschaftsverträge müssen nicht schriftlich geschlossen werden.

jedoch auf eine derartige zivilrechtliche Einordnung [1]. Sie enthalten, um die Doppelbesteuerung bei der Körperschaftssteuer zu vermeiden, zugleich eine sogenannte Ergebnisausschlußklausel. Auch dadurch unterscheiden sie sich nicht von den meisten der genannten zivilrechtlichen Vertragstypen. Außerdem sind sie damit zugleich Gewinnabführungsverträge im Sinne des § 256 I AktG. Die Organschaftsverträge, die nur sehr kurz zu sein pflegen [2], enthalten als zentrale Bestimmung gleich zu Anfang die inhaltlich immer wiederkehrende Klausel:

> Ungeachtet ihrer rechtlichen Selbständigkeit ist A auf finanziellem, auf wirtschaftlichem und organisatorischem Gebiete so in den Geschäftsbetrieb der B eingegliedert, daß sie ihren Geschäftsbetrieb ausschließlich nach den Weisungen und für Rechnung der B zu führen hat und führt [3].

In der Ergebnisausschlußklausel heißt es dann:

> A wird zum Abschluß jedes ihrer Geschäftsjahre den Reingewinn des Geschäftsjahres an B abführen bzw. den Verlust des Geschäftsjahres von B vergütet erhalten [3].

---

1) Agnes Meise, "Zivilrechtliche Probleme der Organgesellschaft", Berlin 1935 (veröffentlichte Dissertation) untersucht eingehend die Rechtsnatur des Organverhältnisses (im 2. Teil, S. 15-75), ohne es in einen bestimmten Vertragstyp des BGB einzuordnen. Sie sieht Elemente des Dienstvertrages (so auch der RFH, siehe S. 15), des Auftrags, der Geschäftsbesorgung, der Miete und der Pacht.
Ebenso weist sie auf Seite 75 darauf hin, daß es schwierig und in Grenzfällen fast unmöglich ist, den Organvertrag von anderen Konzernverträgen abzugrenzen.
Hueck, in Betrieb 1959, S. 223, sieht den Organschaftsvertrag als Betriebsführungsvertrag an; ebenso Rasch, Deutsches Konzernrecht², S. 82/83, und zwar in Form des Dienstvertrages, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB): S. 85.
a.A. Schilling in Großkomm. AktG § 256 Anm. 19, 2.Abs.

2) Beispiele finden sich bei
Erlinghausen, "Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlußklausel im Aktienrecht", 1960, Anhang S. 163 ff
und bei
Friedländer, Konzernrecht, 2. Auflage 1954, S. 188.

3) Erlinghausen aaO. S. 166.

Weil infolge dieser Klausel bei der Organgesellschaft kein Reingewinn entstehen kann und infolgedessen an die konzernfreien Minderheitsaktionäre keine Dividende ausgeschüttet werden dürfte (§§ 52,54 AktG), enthalten Organschaftsverträge mit Organschaftsgesellschaften in der Regel auch eine Dividendengarantie, wenn noch konzernfreie Minderheitsaktionäre vorhanden sind [1]. Diese wird den Minderheitsaktionären von der Muttergesellschaft garantiert und richtet sich meistens nach der von ihr ausgeschütteten Dividende. An dieser Stelle genügt ein Hinweis darauf, daß im neueren Schrifttum die Zulässigkeit solcher Organschaftsverträge angezweifelt wird [2]. Dem Wortlaut nach sind die Organschaftsverträge mit § 256 vereinbar, und zwar fallen sie sowohl unter Abs. I (Gewinnabführungspflicht) als auch unter Abs. II (Führung des Unternehmens für fremde Rechnung). Das Kennzeichen dieser Verträge ist, daß die rechtliche Selbständigkeit der Organgesellschaft nur noch formell besteht und daß sie in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis einer Verschmelzung durch Aufnahme (§ 233 Ziff. 1 AktG) herbeiführen, ohne daß die Minderheitsaktionäre die bei der Fusion gesetzlich vorgeschriebene Garantie haben, an der aufnehmenden Gesellschaft durch Aktienumtausch beteiligt zu werden.

Das "Anstößige" [3] solcher Verträge liegt darin, daß einzelnen Gesellschaften wider ihren Willen das Mitgliedschaftsrecht auf Gewinnbeteiligung genommen wird und ihnen anstelle dessen eine Rente aufgedrängt wird,

---

1) Siehe Mestmäcker, Konzerngewalt S. 300.
2) Für nichtig halten Organschaftsverträge:
Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung, S. 160 ff.
Derselbe in Betrieb 1956, S. 813 und 837
Duden in BB 1957, S. 59
Fischer in Großkomm. AktG § 256 Anm. 18
Flume in Betrieb 1956, S. 457 und 672 ff.
Rasch, Deutsches Konzernrecht^2, S. 86
Für zulässig halten Organschaftsverträge insbesondere:
Hueck in Betrieb 1959, S. 223-228
Zöllner, Schranken, S. 333 f unter c)
Erlinghausen, Der Organschaftsvertrag usw.
Zartmann in AG 1964, S. 87 bei Anm. 2)
3) So formuliert der BGH, U. v. 8.2.1960, in NJW 1960, S.721, läßt aber die Zulässigkeit von Organschaftsverträgen unentschieden. In einem früheren, unveröffentlichten Ur-

von der zweifelhaft ist, ob sie eine vollwertige Entschädigung ist [1]. Jedoch zeigen die genannten Beispiele anderer Konzernverträge, daß die gleichen Bedenken auch diesen gegenüber geltend gemacht werden können. Aus diesen Bedenken kann jedoch mit Rücksicht auf § 256 AktG die Unzulässigkeit nicht gefolgert werden. Deshalb ist die Aufgabe des Aktienrechts darin zu sehen, den Schutz der Minderheitsaktionäre bei grundsätzlicher Anerkennung aller Arten von Konzernverträgen einschließlich des Organschaftsvertrages zu begründen.

2.2 Möglichkeiten der Schädigung konzernfreier Minderheitsaktionäre.

2.21 Die offene Gewinnabführung an das herrschende Unternehmen.

Die vorangegangenen Ausführungen über die Organschaftsverträge haben bereits die deutlichste Schädigungsmöglichkeit der konzernfreien Minderheitsaktionäre vor Augen geführt, die in der vollständigen oder teilweisen Abführung des Reingewinns an das herrschende Unternehmen besteht. In erster Linie werden die Minderheitsaktionäre geschädigt, wenn das herrschende Unternehmen keine Dividendengarantie übernommen hat. Daß diese Fälle in der Praxis vorkommen, zeigt der Sachverhalt der bereits erwähnten BGH-Entscheidung [2].

Aber selbst wenn eine Dividendengarantie vorliegt, können die konzernfreien Minderheitsaktionäre geschädigt werden, wenn der abgeführte Gewinn unter Berücksichtigung der Beteiligungsverhältnisse größer ist, als die an die Minderheitsaktionäre verteilte Dividende. Die zumeist an der Dividende der herrschenden Gesellschaft ausgerichtete Dividendenzahlung ist letztlich ohne Zusammenhang mit dem von der abhängigen Gesellschaft erwirtschafteten Reingewinn.

---

teil v. 3.2.55 (angef. v. Schilling in Großkomm.AktG § 256 Anm. 4) hat der BGH den Organschaftsvertrag als einen Gesellschaftsvertrag bürgerlich rechtlicher Art bezeichnet.

1) BGH a.a.O. (NJW 60, S. 721).

2) v. 8.2.60 in NJW 60, S. 722: Die Dividendengarantie war erst Jahre nach Abschluß des Organschaftsvertrages vorgenommen worden.

3) Duden in BB 1957, 49 ff. 51 oben.

Aber auch davon abgesehen, ist eine Schädigung durch Manipulierung des Reingewinns möglich [1]. Dieser kann ganz offen dadurch vergrößert werden, daß die freien Rücklagen nicht gestärkt werden. Nach § 132 II Ziff. 17 und 18 AktG ergibt sich der Reingewinn erst nach Verstärkung oder Bildung freier Rücklagen. Wenn nun das herrschende Unternehmen entgegen der bislang von der abhängigen Gesellschaft geübten Praxis die offenen Rücklagen nicht weiter verstärkte, vergrößerte die abhängige Gesellschaft den an sie abzuführenden Reingewinn erheblich, ohne daß die Minderheitsaktionäre daran einen Anteil hätten.

Der Reingewinn läßt sich auch durch die Bildung stiller Reserven beeinflussen. Die Vorschriften über die Wertansätze in der Jahresbilanz (§ 133 AktG) lassen es zu, die Vermögenswerte weit unter ihrem wahren Wert anzusetzen. Auf diese Weise entstehen stille, das heißt aus der Bilanz nicht ersichtliche Reserven. Von der Möglichkeit, stille Reserven zu bilden, machen fast alle Aktiengesellschaften Gebrauch und erreichen damit, daß die offenen Rücklagen und der Reingewinn geringer werden. Auch von dieser Praxis kann die herrschende Gesellschaft zu Ungunsten der Minderheitsaktionäre abweichen. Sie kann die Bildung stiller Reserven für die Zukunft unterlassen oder sogar stille Reserven, die in früheren Jahren gebildet worden sind, auflösen, so daß der an sie abzuführende Reingewinn sich erheblich vergrößert.

2.22 Die verdeckte Gewinnabführung.

Die bisher geschilderten Schädigungsmöglichkeiten sind immerhin auf die Vertragskonzerne beschränkt, weil nur bei diesen der Reingewinn offen an das herrschende Unternehmen abgeführt werden kann. Genauso gefährlich sind jedoch auch die Möglichkeiten der sogenannten verdeckten Gewinnabführung, die auch beim reinen Beteiligungskonzern praktiziert werden können.

---

1) Duden in BB 1959, 49 ff. 51 oben.

Mit dem Ausdruck 'verdeckte Gewinnabführung', der dem Steuerrecht entnommen worden ist [1], werden Sachverhalte erfaßt, bei denen eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder diesen nahestehenden Personen Vorteile zuwendet, die sie Dritten, der Gesellschaft fremd Gegenüberstehenden, nicht einräumen würde [2]. Hier sollen mit diesem Begriff Sachverhalte erfaßt werden, in denen die abhängige Gesellschaft mit dem herrschenden Unternehmen ungünstige Verträge schließt, die sie mit einem Dritten nicht abgeschlossen hätte. Es kann sich dabei um Kauf-, Pacht- oder Mietverträge handeln, auf Grund deren die abhängige Gesellschaft entweder zu hohe Kaufpreise, Pacht- oder Mietzinsen bezahlt oder zu niedrige Preise erhält. Es kann sich darum handeln, daß die abhängige Gesellschaft dem herrschenden Unternehmen ein Darlehen zu ungünstigen Bedingungen (zu niedriger Zinssatz, oder zu lange Laufzeit) gewährt, was zur Schwächung der abhängigen Gesellschaft führt, weil sie dadurch der Investitions- und damit der Expansionsmöglichkeit beraubt werden kann.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt also immer dann vor, wenn ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.

Außer den geschilderten Einzelverträgen kann auch ein Konzernvertrag als solcher zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führen, wenn er eine zu geringe Gegenleistung an die abhängige Gesellschaft oder eine zu geringe

---

1) Diese Bezeichnung hat zuerst Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung, 1949, S. 19, für das Zivilrecht übernommen.
Ihm folgend Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 224 (232 ff).

2) RFH 19.12.1935 RSt Bl 1936 S. 252.
In diesem Zusammenhang ist ohne Bedeutung, ob die Lehre von der verdeckten Gewinnausschüttung auf das Zivilrecht mit der Folge übertragen werden kann, daß eine verdeckte Gewinnausschüttung auch eine Gewinnverteilung im Sinne der § 52, 54, AktG bedeutet. (Dagegen Zöllner, Schranken, S. 314-318). Hier kommt es nur darauf an, den von diesem Begriff erfaßten Sachverhalt zu bezeichnen.

Dividende für die freien Aktionäre vorsieht. Auch die Führung eines Unternehmens für fremde Rechnung muß durch eine entsprechende Gegenleistung honoriert werden. Schließen einander Fremde Rechtsgeschäfte ab, in denen sich der eine verpflichtet, ein Geschäft für fremde Rechnung zu führen, d.h. ein Geschäft, bei dem die Vor- und Nachteile, also das Risiko aus dem Geschäft, den anderen treffen, so wird eine entsprechende Gegenleistung vereinbart: Der Kommissionär z.B. erhält seine Provision, der Geschäftsbesorger i.S. des § 675 seinen Dienst- oder Werklohn.

In entsprechender Weise muß auch der AG, die ihr Unternehmen für fremde Rechnung führt, eine solche Vergütung gezahlt werden, wie sie von einem unabhängigen Dritten gezahlt würde. Andernfalls würde auch in diesem Fall eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen.

2.23 Sonstige Schädigungsmöglichkeiten.

Sonstige Schädigungen können durch Weisungen ausgelöst werden, die sich nicht auf den Abschluß eines Vertrages beziehen. Es sind in erster Linie die Fälle, in denen die abhängige Gesellschaft angewiesen wird, zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft auf vorteilhafte Geschäftschancen zu verzichten [1].

So kann die Gesellschaft angewiesen werden, im Interesse eines Beschäftigungs-, Kontingents- und Auftragsausgleichs bestimmte Aufträge an andere Konzerngesellschaften weiterzuleiten oder auf geplante Investitionen zu verzichten. Denkbar ist sogar, daß Betriebsteile oder sogar der ganze Betrieb stillgelegt werden.

Der Gesellschaft können besonders qualifizierte Arbeitskräfte entzogen werden. Sie kann gezwungen werden, die Benutzung von Patenten durch andere Konzernunternehmen zu dulden [2]. Aber auch ohne Verletzung von Patenten kann die abhängige AG dadurch geschädigt werden, daß die Kon-

1) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 310.
2) Zöllner, Schranken, S. 80.

zernleitung Geschäftsgeheimnisse oder andere besondere produktionstechnische Kenntnisse, insbesondere das "know how" eines Produktionsverfahrens verwertet.

2.3 Zusammenfassung.

Aus der Tatsache, daß die Konzernspitze ungeachtet der rechtlichen Selbständigkeit der Konzernunternehmen diese wie Betriebsabteilungen behandelt, ergeben sich Folgen, deren juristische Erfassung Schwierigkeiten bereitet.

Der Grundtatbestand bleibt die faktische Konzerneingliederung auf Grund der Beteiligung. An diesem Grundtatbestand ändern die Konzernverträge, gleichgültig welche juristische Form für sie gewählt wird, nichts. Diese Verträge sind in den Fällen einer schon vorhandenen Beteiligung meistens von rein deklaratorischem Wert [1].

Die wesentliche Tatsache besteht darin, daß die Konzernspitze die Konzernunternehmen nicht im Sinne der letzteren leitet. Für einen Konzern hat das einzelne Unternehmen keinen Wert für sich allein, sondern nur für den gesamten Konzern als wirtschaftliche Unternehmenseinheit.

Der Rechtsordnung ist die Aufgabe gesetzt, zum Schutz der konzernfreien Minderheitsaktionäre (und auch der Gläubiger) der abhängigen AG den Einwirkungsmöglichkeiten des beherrschenden Unternehmens Grenzen zu setzen.

---

1) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 324/325.

3. Die gesetzliche Regelung des Minderheitenschutzes.

3.1 Die Vorschriften des geltenden Rechtes.

Im Aktiengesetz finden sich zwei Vorschriften, durch welche die Minderheitsaktionäre in gewissem Umfange geschützt werden, die sich jedoch nicht auf den Schutz der Minderheitsaktionäre beschränken, sondern allgemein gültigen Inhalt haben. Es handelt sich um die §§ 101 und 197, II AktG. Zwischen ihnen besteht ein enger Zusammenhang, und sie ergänzen sich gegenseitig.

Nach § 101 AktG ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft und zum Zwecke, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln.

Nach § 101 VII gilt diese Vorschrift nicht, wenn gesellschaftsfremde Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung verfolgt werden. Hier greift die Vorschrift des § 197, II, 1 AktG ergänzend ein, wonach ein Beschluß der Hauptversammlung anfechtbar ist, wenn ein Aktionär vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen sucht, und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen.

Anstelle des Schadensersatzanspruchs tritt bei der Stimmrechtsausübung das Anfechtungsrecht. Bedeutsam für beide Vorschriften ist die Ausnahmeregelung des § 101, III AktG, die sinngemäß auch für § 197, II AktG gilt (§ 197, II, 2 AktG). Sucht jemand einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Belangen dient, dann ist er weder schadensersatzpflichtig, noch ist ein dahingehender Beschluß der Hauptversammlung anfechtbar.

Da nach der amtlichen Begründung [1] zum Aktiengesetz auf Grund dieser Vorschriften Konzerninteressen berück-

---

1) D. Reichsanz. Nr. 28 vom 4.2.1937 (zum 3. Abschnitt des Gesetzes)

sichtigt werden können und andere berechtigte Interessen nicht genannt werden, ist es gerechtfertigt, diese Ausnahmeregelung als Konzernklausel zu bezeichnen.

Inwieweit auf Grund der Konzernklausel jedoch Konzerninteressen auf Kosten der Interessen der Gesellschaft oder der Minderheitsaktionäre verfolgt werden können, wird noch in einem besonderen Abschnitt (4.2) behandelt.

Die Schadensersatzpflicht des § 101 AktG besteht neben derjenigen der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten (§ 84 und § 99 AktG) gehandelt haben, wie § 101, II AktG ausdrücklich bestimmt.

Zu den Pflichten des Vorstands zählt der BGH wiederum in einer viel beachteten Entscheidung [1], daß er "einzelnen Aktionären oder Dritten nicht Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft zuwenden (vgl. § 197, II AktG) und nicht vorsätzlich zum Schaden der Gesellschaft handeln (§ 294 AktG) darf".

Von Bedeutung ist noch, daß § 256 AktG, der die Wirksamkeit der dort genannten Konzernverträge von der Zustimmung der Hauptversammlung mit Dreiviertelmehrheit abhängig macht, keinen besonderen Schutz der Minderheitsaktionäre vorsieht. Deswegen ist die einzige ausdrückliche Schutzbestimmung für den Abschluß von Konzernverträgen wiederum § 197, II AktG.

3.2 Überblick über die Entstehungsgeschichte der §§ 101, 197 und 256 AktG.

Die §§ 101 und 197 Abs. 2 AktG sind das Ergebnis der Reformbestrebungen vor Erlaß des AktG von 1937, sind allerdings hinter den ursprünglichen Vorschlägen zurückgeblieben.

3.21 Die Entstehungsgeschichte des § 101 AktG.

Ausgangspunkt der Reformbestrebungen war die sogenannte "Generalklausel", die von einer Kommission empfohlen wur-

1) U. v. 27.9.1956, Bd. 21, S. 354 ff (357).

de, die durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzt worden war. Der Vorschlag lautete, folgende Bestimmung in § 252 HGB aufzunehmen [1]: "Die Ausübung des Stimmrechts ist unzulässig, wenn der Aktionär durch diese unter Verletzung der offenbaren Interessen der Gesellschaft gesellschaftsfremde Sondervorteile für sich oder einen Dritten verfolgt.

Der Abstimmende haftet der Gesellschaft gegenüber für den durch seine Abstimmung herbeigeführten Schaden, soweit ihm dabei Vorsatz zur Last fällt. Auf die Ansprüche findet § 268 Abs. 1 Anwendung."

In einem Fragebogen, den das Reichsjustizministerium den interessierten Kreisen zusandte [2], nahm die Generalklausel einen breiten Raum ein und war Gegenstand lebhafter Erörterungen. Dabei wurde auch eine Erweiterung über den Stimmrechtmißbrauch hinaus vorgeschlagen aus der Erwägung, daß der Aktionär seine Aktionärsstellung auch in anderer Weise als bei Ausübung des Stimmrechts zum Schaden der Gesellschaft mißbrauchen könne [3]. Der Anwaltverein [4] hat auf die entsprechende Frage des Reichsjustizministers [5] jedoch bezeichnenderweise geantwortet, die Generalklausel böte in der vorgeschlagenen [6] Form genügenden Schutz für die in einem Konzern eingegliederten Gesellschaften und ihre Aktionäre gegen den Mißbrauch der Konzerngewalt und bedürfe deswegen keiner Abänderung.

Die Diskussion über eine Aktienrechtsreform führte zu den beiden Entwürfen des Reichsjustizministeriums aus den

---

1) Bericht der ... Kommission, herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Benzheimer Verlag Mannheim 1928, S. 27.
2) Die Fragen sind abgedruckt in "Zur Reform des Aktienrechts", Antworten des Deutschen Anwaltsvereins auf die Fragen des RJM I. und II. Teil, Leipzig 1929.
3) "Zur Reform....", II. Teil, S. 19/20, und v. Welter, "Erneuerung des Aktienrechts!", Frankfurt 1929, S. 22 u. 55.
4) in "Zur Reform...", Teil II, S. 75
5) in "Zur Reform...", Teil II, S. 61
6) in "Zur Reform...", Teil II, S. 20

Jahren 1930 und 1931 [1]. § 84 Abs. 1 des Entwurfs von 1930 und § 86 Abs. 1 des Entwurfs von 1931 entsprachen bereits inhaltlich dem jetzt geltenden § 101 AktG, nur daß die Haftung auf die Aktionäre beschränkt war. Im übrigen enthielten die Entwürfe gegenüber der Generalklausel jedoch zwei wesentliche Einschränkungen: Eine Haftung für die Stimmrechtsausübung war nicht vorgesehen [2] und die Ausübung des Stimmrechts war nicht unzulässig bei Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile.

Bis auf einige besonders dringlich erscheinende Vorschriften [3] erlangten die Entwürfe keine Gesetzeskraft, bildeten aber die Grundlage des Aktiengesetzes von 1937, in dem insbesondere der Haftungsausschluß bei der Stimmrechtsausübung betont wurde [4]. Die Neuerung des § 101 AktG gegenüber der Generalklausel hat darin bestanden, daß die Haftung nicht mehr nur für Aktionäre gilt, sondern für jeden Dritten, also zum Beispiel auch für Lieferanten, Gläubiger und Großabnehmer. Die Haftung des § 101 AktG brauchte zu ihrer Erklärung und Rechtfertigung nicht mehr die besondere Machtstellung des Großaktionärs heranzuziehen. So wurde aus der besonderen Haftung eine für jedermann geltende unerlaubte Handlung des Aktienrechts. Wenn auch § 101 AktG gegenüber dem früher geltenden Recht eine neue Vorschrift war, so brachte sie inhaltlich keine wesentliche Neuerung. Vielmehr wurden jetzt durch § 101 AktG dieselben Fälle erfaßt,

---

1) 1. Entwurf eines Gesetzes über die Aktiengesellschaften... nebst erläuternden Bemerkungen, veröffentlicht durch das RJMin., Berlin 1930, Auslieferung bei Walt. de Gruyter & Co.,
2. Amtlicher Entwurf eines Gesetzes.... etc., veröffentlicht auf Anordnung des RJustMinisteriums 1931, Reichs- und Staatsverlag Berlin.

2) Einen ausdrücklichen Haftungsausschluß, entsprechend § 101 Abs. 3 AktG gab es nicht, doch sollte durch die Fassung der genannten Bestimmungen eine Haftung ausgeschlossen werden, wie die "Erläuternden Bemerkungen" zum Entwurf von 1930. S. 105. ergeben.

3) Diese wurden durch Notverordnung des Reichspräsidenten in das HGB aufgenommen (sog. Aktienrechtsnovelle = Art. VI der VO des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19.9.31, RGBl. I, S. 493).

4) Hierzu siehe ein Vortrag von Schlegelberger, seinerzeit Staatssekretär im RJM, "Die Erneuerung des Deutschen Aktienrechts", Berlin 1933, S. 22.

die das Reichsgericht als sittenwidrig ansah, und die deswegen unter § 826 BGB fielen [1]. Die Behauptung in der amtlichen Begründung [2], § 101 AktG bringe "wesentliche Neuerungen", und es hätte sich gezeigt, daß § 826 BGB nicht ausgereicht hätte [2], kann nicht als zutreffend bezeichnet werden.

3.22 Die Entstehungsgeschichte des § 197 Abs. 2 AktG.

Der Vorschlag zu einer Generalklausel ist durch einen weiteren Vorschlag zu § 271, I HGB a.F. ergänzt worden [3], der inhaltlich dem heute geltenden § 197, I und II AktG entsprochen hat. Dieser Vorschlag hat in die beiden Entwürfe von 1930 und 1931 (§ 136 und § 137) Eingang gefunden und ist durch § 197 Abs. I und II AktG geltendes Recht geworden. Diese Vorschrift hat hinsichtlich der inhaltlichen Voraussetzungen keine Neuerung gebracht [4]. Das Erstreben gesellschaftsfremder Sondervorteile wertete die Rechtssprechung früher, also vor Erlaß des neuen Aktiengesetzes von 1937, als Verstoß gegen die guten Sitten [5], und ein entsprechender Generalversammlungsbeschluss galt nach § 271 HGB a.F. als nichtig, weil er gegen ein Gesetz (§§ 138, 226 BGB) verstieß. Die inhaltliche Neuerung des § 197 Abs. 2 AktG hat darin bestanden, daß entsprechend derartigen Vorschlägen [6] ein Hauptversammlungsbeschluß nicht mehr nichtig, sondern nur anfechtbar ist, wenn bei der Abstimmung gesellschaftsfremde Sondervorteile verfolgt werden.

3.23 Die Entstehungsgeschichte des § 256 AktG.

Die Entstehungsgeschichte des § 256 AktG erklärt sich aus dem alten Rechtszustand [7], wonach die Eingliederung einer AG in einen Konzern grundsätzlich nicht an die Zustimmung der Hauptversammlung gebunden war. Sie wurde vielmehr, da man sie als einen Akt der Geschäftsführung betrachtete, als

---

1) s. RG 1.3.27, Bd. 115, S. 297 ff (303), wo allerdings die Haftung aus § 826 im konkreten Falle abgelehnt wird.
2) im Deutschen Reichsanzeiger Nr. 28 v. 4.2.37
3) Bericht S. 32
4) die entgegengesetzte Meinung von Quassowski in ZAkDR 1937, S. 101 ff (103 unter 7.) ist nicht begründet.
5) s. Hueck, "Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen und die Rechtsprechung des Reichsgerichts" in RGPraxis (Festgabe), Bd. IV, S. 167-189 (S.176 insbes.).
6) s. bes. Hueck, a.a.O.
7) s. Geiler, Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des AktG, Bericht, erstattet dem sog. Enquête-Ausschuß, Berlin 1927, S. 35.

eine Maßnahme angesehen, die i.d.R. nur dem Vorstand oblag [1]. Für Interessengemeinschaftsverträge in Form der Gewinngemeinschaft wurde überwiegend angenommen, daß sie nicht der Zustimmung der Generalversammlung bedurften [2]. Anders wurde die Rechtslage von vielen beurteilt, wenn eine AG durch einen Konzernvertrag zur "Rentnergesellschaft" wurde. Hierin sah man eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens, die eine Satzungsänderung und damit die Zustimmung der Generalversammlung (mit Dreiviertelmehrheit) erforderlich machte [3]. Trotzdem wurden derartige Verträge auch ohne Zustimmung der Generalversammlung als nach außen gültig angesehen, weil sie durch die Vertretungsbefugnis des Vorstandes voll gedeckt waren [4]. Diese Unklarheiten sollte § 256 AktG beseitigen [5], der die Gültigkeit aller dort genannten Konzernverträge von der Zustimmung auch für das Außenverhältnis erforderlich macht, aber von einer förmlichen Satzungsänderung absieht [6].

Wegen der unklaren Rechtslage wurde vor Erlaß des AktG von 1937 empfohlen [7], den Abschluß von Interessengemeinschaftsverträgen mit Gewinnzusammenlegung ebenso wie den Abschluß von Pacht- und Betriebsüberlassungsverträgen und von Verträgen mit ähnlicher wirtschaftlicher Wirkung an die Zustimmung der Hauptversammlung, und zwar an einen Beschluß mit der für Satzungsänderungen erforderlichen Mehrheit zu binden. Dieser Vorschlag führte zu § 195 des Entwurfs von 1930. Auffällig ist, daß in § 195 Abs. 1 des Entwurfs von einem Interessengemeinschaftsvertrag, durch den eine allgemeine Gewinngemeinschaft begründet werde, die Rede ist. Das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochter-

---

1) Geiler, a.a.O., S. 35.
2) Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927, S. 54 m. Nachw. in Anm. 22 b.
3) Rosendorff, a.a.O., S. 54 mit Nachw. in Anm. 23
4) Rosendorff, a.a.O., S. 54
5) Schlegelberger-Quassowski, § 256, Anm. 13; Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 337
6) streitig, aber h.M., s. Meyer-Landrut in Großkomm. AktG § 256 Anm. 26
7) Geiler, a.a.O., S. 35

gesellschaft von Grund auf zu klären und gesetzlich zu regeln, wurde jedoch nicht für zweckmäßig erachtet [1]. § 195 des Entwurfs von 1930 entspricht im übrigen dem geltenden § 256 AktG, nur daß in Abs. 1 aus dem Interessengemeinschaftsvertrag ein Gewinnabführungsvertrag geworden ist. Von einer Gewinngemeinschaft ist nur noch in der amtlichen Überschrift zu § 256 AktG die Rede. Ob man dadurch eine sachliche Änderung gegenüber den älteren Entwürfen angestrebt hat, läßt sich nicht klären. Auf jeden Fall deckt § 256 Abs. 1 AktG dem Wortlaut nach jetzt Organschaftsverträge, die die Gewinnabführung ohne entsprechenden Ausgleich vorsehen. Das wird vermutlich nicht die Intention dieser Vorschrift gewesen sein. Sonst hätte man die Dreiviertelmehrheit nicht als einzigen und ausreichenden Schutz der Minderheitsaktionäre betrachtet. In der amtlichen Begründung wird auch nur hervorgehoben [2], daß es "im Interesse der freien Aktionäre, die sich von der wirtschaftlichen Konzentration nichts versprechen".... geboten sei, "diese Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit einer Gesellschaft erschwerenden Bedingungen zu unterwerfen". Von einem Ausgleich für die eingegliederte Gesellschaft oder die Minderheitsaktionäre wird demnach stillschweigend ausgegangen worden sein. Der Gewinnabführungspflicht steht in einer Gewinngemeinschaft die Teilnahme am gesamten Gewinn, beim Pachtvertrag (§ 256 Abs. 2 AktG) der Pachtzins und bei der Verpflichtung, einen Betrieb für fremde Rechnung zu führen, eine entsprechende Tätigkeitsvergütung [3] gegenüber (vgl. §§ 675, 611 BGB; Provisionsanspruch für Kommissionär).

---

1) Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf 1932, S. 126
2) DReichsanz. Nr. 28 v. 4.2.37
3) Ähnlich Schlegelberger-Quassowski[3], 1939, § 256 Anm.10

3. 3 Anhang:

Die Regelung des Minderheitsschutzes im Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes.

Anknüpfend an den Referentenentwurf zum Aktiengesetz vom Jahre 1958 [1] liegt seit 1960 der Entwurf eines Aktiengesetzes als Regierungsentwurf vor.

Im Gegensatz zum geltenden Recht enthält dieses Reformwerk eine eingehende Regelung des Konzernrechts im "Dritten Buch" (§§ 280-326 E.AktG) unter der Überschrift "Verbundene Unternehmen".

Neben der Aufgabe, die Unternehmensverbindungen rechtlich zu erfassen, sie durch Publizitätsvorschriften durchsichtig zu machen und Schutzvorschriften für die Gläubiger zu treffen [2], werden insbesondere die konzernfreien Minderheitsaktionäre durch diese Vorschriften geschützt. Vor der Schilderung dieser speziell konzernrechtlichen Vorschriften sollen die allgemeinen Vorschriften, die der bisherigen Regelung entsprechen, aufgeführt werden:

§ 101 AktG findet sich in geänderter Form in § 113 E.AktG wieder. Erwähnenswert ist, daß § 101, III AktG in den Entwurf nicht übernommen worden ist. Außerdem hat § 113, I E.AktG die Voraussetzung des § 101, I AktG "für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen" als unangemessene Einengung [3] des Tatbestandes gestrichen.

Nach § 113 E.AktG ist demnach zum Schadensersatz verpflichtet, wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder andere leitende Angestellte dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln.

Der Ausschluß der Haftung für die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung (§ 101, VII AktG) ist durch § 113, VII, Ziff. 1 E.AktG übernommen worden.

---

1) Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium. Vertrieb: Bundesanzeiger Verlags GmbH., Köln.
2) Begründung zum Entwurf eines Aktiengesetzes (im Folgenden kurz "Amtliche Begründung" genannt), S. 38 unter IV.
3) Amtl. Begründung zu § 113 = S. 147.

In § 233, II 1 E.AktG findet sich der bisherige § 197, II, 1 AktG in leicht abgewandelter Form wieder. Danach kann die Anfechtung eines Beschlusses der Hauptversammlung darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich und einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen sucht und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen.

Jedoch ist § 197, II 2 AktG durch eine anders lautende Regelung ersetzt: der Beschluß ist nur dann unanfechtbar, wenn er den anderen Aktionären einen angemessenen Ausgleich für ihren Schaden gewährt.

Neben diesen allgemeinen Vorschriften sind im Dritten Buch besonders konzernrechtliche Bestimmungen vorgesehen:

Der Entwurf unterscheidet grundlegend zwischen Konzernverbindungen, die durch ein besonderes Vertragsverhältnis - den sogenannten Beherrschungsvertrag (§ 280 E.AktG) - unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind und Konzernen, die lediglich kraft tatsächlicher Beherrschungsmacht geleitet werden (§§ 300 ff E.AktG) [1]. Lediglich auf Grund eines Beherrschungsvertrages darf der Vorstand der abhängigen Gesellschaft die Interessen der eigenen Gesellschaft zugunsten von Konzernbelangen zurückstellen (§ 297, I E.AktG). Dafür werden für den Abschluß eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages besondere Sicherungen,und zwar in erster Linie für die konzernfreien Aktionäre, vorgeschrieben. Der Vertrag muß für die Aktionäre wahlweise eine Dividendengarantie (Ausgleichszahlung: § 293 E.AktG) oder den Anspruch enthalten, gegen eine angemessene Abfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden (§ 294 E.AktG).

Für ein rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis enthält § 300 E.AktG das Verbot für das herrschende Unternehmen, eine abhängige AG zu Rechtsgeschäften oder Maßnahmen zu veranlassen, die für die abhängige AG nachteilig sind, es sei denn, daß die Nachteile durch Vorteile ausgeglichen

---

1) Amtl. Begründung, Drittes Buch, Vorbem. S. 215 r.Sp.

werden. Anerkannt werden nur Vorteile aus einem Vertrag, der mit dem nachteiligen Rechtsgeschäft oder der nachteiligen Maßnahme so eng zusammenhängt, daß sie wirtschaftlich als ein einheitliches Geschäft anzusehen sind (§ 300, 1 E.AktG).

Verstößt das herrschende Unternehmen gegen dieses Verbot, dann ist es selbst und seine gesetzlichen Vertreter nach § 706, 1, E.AktG der abhängigen Gesellschaft und den Aktionären zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Haftung wird durch § 306, II E.AktG gemildert, wonach die Ersatzpflicht ausgeschlossen ist, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft eingegangen wäre oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte.

Mit dieser Haftungserleichterung ist der heftigen Kritik an dem ursprünglichen Vorschlag des § 284 Referentenentwurf Rechnung getragen worden, der als drakonisch und als Strafnorm im zivilrechtlichen Gewande gebrandmarkt worden ist, weil er für die herrschende Gesellschaft eine Art Erfolgshaftung begründete [1].

§ 306 E.AktG soll verhindern, daß ein herrschendes Unternehmen die mit einem Beherrschungsvertrag verbundene Leitungsmacht in Anspruch nimmt, ohne einen solchen Vertrag abgeschlossen zu haben [2].

Die Haftung aus § 306 E.AktG tritt verschärfend neben die des § 113 E.AktG (§ 101 geltendes AktG), weil ein beherrschender Einfluß einerseits besondere gesellschaftsrechtliche Pflichten begründet, andererseits verstärkt die Gefahr eines Mißbrauchs mit sich bringt [3].

Die Verschärfung liegt darin, daß § 113 E.AktG Vorsatz verlangt, während für § 306 E.AktG nicht einmal Fahrlässigkeit erforderlich ist. § 306 E.AktG enthält also eine Erfolgshaftung. Diese Vorschrift ist außerdem nicht auf den Fall der Beeinflussung bestimmter Verwaltungsmitglieder beschränkt. Namentlich ist die Schadensersatzpflicht auch bei Ausübung des Stimmrechts nicht ausgeschlossen.

---

1) Flume, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, (in der Schriftenreihe Handelsblatt) 1958, S. 21.
2) Amtl. Begründung, zu § 306, S. 234
3) Amtl. Begründung, zu § 306, S. 234
und zu § 300, S. 230.

4. Die Lücken der geltenden gesetzlichen Regelung.

4.1 Aufzählung der Lücken im allgemeinen.

Schon ein Vergleich des geltenden Rechts mit dem Regierungsentwurf offenbart, wie lückenhaft die jetzt geltenden positivrechtlichen Bestimmungen sind.

Eine Zusammenfassung der vorhandenen Lücken ergibt folgendes Bild:

§ 101 AktG ist ein aktienrechtlicher Sondertatbestand einer unerlaubten Handlung [1]. Daraus resultiert seine enge Fassung. Diese Vorschrift ist als ein den § 826 BGB verschärfender Sondertatbestand einer sittenwidrigen Schädigung gedacht [2]. Man kann sie auch als verselbständigten Tatbestand einer Anstiftung oder, sofern die beeinflußten Verwaltungsmitglieder schuldlos handeln [3], einer mittelbaren Täterschaft bezeichnen.

Die gelegentlich früher [4] geäußerte Ansicht, § 101 AktG entspringe hinsichtlich der Aktionäre deren Treuepflicht, entbehrt der rechtlichen Grundlage, da die Schadensersatzpflicht des § 101 AktG jedermann trifft, der Organmitglieder einer AG so beeinflußt, daß sie zum Nachteil der Gesellschaft handeln. Auch in der amtlichen Begründung [5] wird aus diesem Grunde gesagt, daß die Schadensersatzpflicht nicht auf einer Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der AG beruhe. Die Bestimmung des § 101 AktG habe vielmehr ihren Grund in der Gefahr, daß Beeinflussungsversuche naturgemäß solchen Personen gegenüber unternommen werden, die mit fremden Kapital wirtschaften [6].

---

1) Baumbach-Hueck, 11 Aktiengesetz, § 101, Anm. 1
2) Schmidt-Meyer-Landrut, in Großkomm. AktG § 101, Anm. 16
3) Es ist nicht erforderlich, daß Verwaltungsmitglieder vorsätzlich oder fahrlässig handeln: Schmidt-Meyer-Landrut, in Großkomm. AktG § 101, Anm. 1, Schlegelberger-Quassowski § 101, Anm. 4
4) Filbinger, Dissertation 1942, S. 128
Clasen in ZAkDR 1937 S. 490-493 (492, Anm. 10)
5) D. Reichsanzeiger Nr. 28 v. 4.2.1937 (zum 3. Abschn. des Gesetzes)
6) D. Reichsanzeiger a.a.O.

Auch eine, wie man sie nennen kann, "vermittelnde" Ansicht von Lehmann [1] findet im Gesetz keine Stütze. Nach dieser Ansicht sollen im Rahmen des § 101 AktG für Aktionäre auf Grund der Treuepflicht stärkere Bindungen als für Dritte bestehen. Die Vorschrift sei kein Ausfluß der Treuepflicht der Aktionäre, sondern des Treuegedankens[2].

Aus der Rechtsnatur des § 101 AktG als eines für jedermann geltenden Sondertatbestandes einer sittenwidrigen Schädigung erklärt sich, daß eine Haftung ebenso wie in § 826 BGB nur für vorsätzliches Handeln besteht.

Entscheidend ist ferner, daß durch § 101, VII AktG eine Schadensersatzpflicht entfällt, wenn gesellschaftsfremde Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung verfolgt werden. In diesem Fall läßt sich eine Schadensersatzpflicht nach allgemeiner Meinung nur aus § 826 BGB herleiten [3], weil die Ansprüche aus § 826 BGB und § 101 AktG nebeneinander bestehen. Das ist allerdings nicht unstreitig. Es wird geltend gemacht [4], daß der Tatbestand des § 101 AktG immer gegen die guten Sitten verstoße und § 826 BGB deshalb "paralysiert" werde. Wenn man sich hierzu auf die amtliche Begründung beruft [5], dann verkennt man jedoch den Zweck der Vorschrift, der sich ebenfalls aus der amtlichen Begründung ergibt. § 101 AktG sollte eine "wesentliche Neuerung" [6] gegenüber dem alten Recht bringen. Wenn das auch tatsächlich nicht der Fall ist [7], so geht daraus doch hervor, daß die Haftung aus § 826 BGB verschärft werden sollte. Man hätte jedoch das Gegenteil erreicht, wenn man die Einschränkung des § 101, VII AktG auch auf § 826 BGB ausdehnen wollte. Auch der Wortlaut des Abs. VII, nach dem nur "diese" Vorschriften bei der Stimmrechtsausübung nicht anwendbar sind, spricht gegen eine derartige Auslegung.

---

1) in Festschrift für Hedemann, 1938, S. 539 ff (S. 408-410)
2) a.a.O., S. 410
3) Baumbach-Hueck[11], § 101, Anm. 7; Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. AktG § 101, Anm. 16; Ritter, § 101, Anm. 10; Teichmann-Köhler, § 101, Anm. 5; Zöllner, Schranken, S. 15 und 428, Anm. 50 mit Nachweisen.
4) Dietrich, "Zum neuen Aktiengesetz" in JW 1937, S. 649-654 (654); v. Godin-Wilhelmi, § 101, Anm. 11
5) v. Godin-Wilhelmi, § 101, Anm. 11
6) in D. Reichsanzeiger Nr. 28 v. 4.2.1937
7) Darauf wird unten, Abschn. 4.3, noch eingegangen.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann nach § 101, VII AktG nicht nur die Haftung des auf die Gesellschaft Einfluss Nehmenden, sondern auch die der Verwaltung entfallen.

Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder haften nach §§ 99 und 84, II AktG der Gesellschaft, wenn sie ihre Obliegenheiten verletzen, wie in § 101, II AktG klargestellt wird. Die Ansprüche aus den §§ 99 und 84 AktG sind im allgemeinen nur solche der Gesellschaft [1]. Die Aktionäre haben nur die Möglichkeit nach § 122 AktG zu verlangen, daß die AG diese Ansprüche geltend macht. Erforderlich ist, daß die Anteile der Aktionäre, die dieses Verlangen stellen, zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen.

Die Aktionäre haben eigene Ansprüche gegen Verwaltungsmitglieder nur auf Grund unerlaubter Handlungen, z.B. nach § 826 oder § 823, II, BGB i.V. mit § 294 AktG, einer Schutzbestimmung zugunsten der Aktionäre [2]. Aber auch durch § 101, II AktG wird eine Haftung der Verwaltungsmitglieder unmittelbar den Aktionären gegenüber begründet[3]. Dieser Haftung kann sich nun der Vorstand über § 101, VII AktG ebenfalls entziehen, wenn er nach § 103, II AktG verlangt, daß die Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung entscheidet. Das kann der Vorstand insbesondere dann tun, wenn er auf Grund der beherrschenden Stellung des Mehrheitsaktionärs mit diesem einen Konzernvertrag, der nicht unter § 256 AktG fällt, oder einen anderen gewöhnlichen Vertrag schließt.

Der Großaktionär ist dann nach § 101, VII AktG entlastet. Der Vorstand ist entlastet, wenn der entsprechende Beschluß der Hauptversammlung "gesetzmäßig" ist (§ 84, IV, 1 AktG). Gesetzmäßig bedeutet, daß der Vorstand entlastet ist, wenn der Hauptversammlungsbeschluß weder nichtig noch anfechtbar ist [4]. Streitig ist, ob ein Beschluß gesetzmäßig ist,

---

1) Schilling in Großkomm. AktG, § 84, Anm. 38
2) Schilling, a.a.O., § 84, Anm. 67; Baumbach-Hueck[11], § 84 Anm. 1)B.
3) Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 15 Anm. 7, und § 101 Anm. 11; v. Godin-Wilhelmi[2], § 84 Anm. 5; Würdinger, Aktienrecht, 1958, § 26, II, 2. = S.172.
4) Schilling in Großkomm. AktG § 84, Anm. 33

der zwar nach § 197, II AktG anfechtbar war, aber innerhalb der Anfechtungsfrist von einem Monat (§ 199, I AktG) nicht angefochten und somit wirksam geworden ist. Nach einer Ansicht [1] ist der unanfechtbar gewordene Beschluß rechtmäßig und führt immer zur Entlastung des Vorstandes. Eine verbreitete andere Ansicht nimmt an, daß zwar der unanfechtbare Beschluß rechtmäßig ist, daß aber der Vorstand verpflichtet ist, nach § 198, I, 5 AktG den Beschluß anzufechten und daß die schuldhafte Unterlassung der Anfechtung schadensersatzpflichtig macht [2].

Zuzustimmender Ansicht nach [3] ist ein anfechtbarer Hauptversammlungsbeschluß auch dann nicht gesetzmäßig, wenn die Anfechtungsfrist verstrichen ist. Daraus folgt, daß der Vorstand nur dann von der Haftung frei ist, wenn trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 84, I, AktG) er nicht erkannt hat, daß der Hauptversammlungsbeschluß anfechtbar gewesen und darum noch gesetzwidrig ist [4]. Immerhin ist auch bei dieser Auslegung des § 84, IV, 1 AktG der Vorstand von der Haftung befreit, wenn die Voraussetzungen des § 197, II AktG in der Person des Mehrheitsaktionärs nicht vorliegen oder nicht nachzuweisen sind, insbesondere wenn der Mehrheitsaktionär nicht vorsätzlich einen gesellschaftsfremden Sondervorteil zum Schaden der Gesellschaft verfolgt hat. Das bedeutet, daß dem Vorstand der fehlende Vorsatz des Großaktionärs über §§ 101, VII, 103/II, 84, IV, 1 AktG zugute kommt.

---

1) v. Godin-Wilhelmi in Großkomm. AktG § 84, Anm. 17
2) Ritter § 84, Anm. 6 b
Baumbach-Hueck[11] § 84, Anm. 6) A,
wohl auch Schilling in Großkomm. AktG § 84, Anm. 33 und § 197, Anm. 21
Geßler, "Vorstand und Aufsichtsrat im neuen AktG", in JW 1937, S. 497-503 (501)
Zöllner, Schranken, S. 41-42, Anm. 12
3) Schlegelberger-Quassowski (3. Aufl. 1939) § 84, Anm. 15
Teichmann-Köhler, § 84, Anm. 4 a)
Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 270
4) Die Bedenken von Zöllner a.a.O. gegen die hier vertretene Auffassung sind wegen der hier vorgenommenen Folgerung unberechtigt.

Zu einer weiteren bedeutenden Einschränkung kann die Konzernklausel des § 101, III AktG bei falscher Interpretation führen. Hierzu wird jedoch im nächsten Abschnitt (4.2) gesondert Stellung genommen.

Entfällt die Schadensersatzpflicht nach § 101, VII AktG, kann nur die Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlußes nach § 197, II AktG helfen.

Für die Anfechtung nach dieser Vorschrift müssen dieselben Tatbestandsvoraussetzungen wie in § 101, I vorliegen. Insbesondere ist auch Vorsatz erforderlich. Mit § 197, II AktG wird also ebenfalls nur der aktienrechtliche Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung erfaßt, der vor Erlass des Aktiengesetzes von 1937 von § 138 BGB erfaßt wurde.

Die Anfechtungsklage kann nach § 198, I, Ziff. 3 AktG von jedem Aktionär erhoben werden, auch wenn er nicht an der Hauptversammlung teilgenommen und Widerspruch zu Protokoll erklärt hat.

Diese Möglichkeit kann jedoch nicht als ausreichender Ersatz angesehen werden. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist von einem Monat (§ 199, I AktG), die ohne Rücksicht auf Anwesenheit oder Kenntnis des Anfechtenden läuft [1], wird der Beschluß unanfechtbar. Das bedeutet, daß ein Beschluß, der von einem Großaktionär auf Grund seiner Mehrheit herbeigeführt worden ist, und der ihm u.U. für Jahrzehnte Sondervorteile einräumt, nach Ablauf der Anfechtungsfrist legalisiert wird. Dann haben die konzernfreien Minderheitsaktionäre weder die Möglichkeit zur Anfechtung, noch können sie Schadensersatz verlangen.

Das kann sich besonders ungünstig beim Abschluß von Konzernverträgen nach § 256 AktG auswirken. Sobald ein herrschendes Unternehmen eine Beteiligung von mehr als Dreiviertel des Grundkapitals hat, können die Minderheitsaktionäre überstimmt werden. Mangels einer ausdrücklichen Schutzbestimmung für § 256 AktG können die Minderheitsaktionäre als einzige Bestimmung den § 197, II AktG heranziehen und den Hauptversammlungsbeschluß, der den Konzernvertrag genehmigt, anfechten. Unterbleibt die Anfechtung

---

1) Baumbach-Hueck[11], § 199, Anm. 1)

aus irgendeinem Grunde oder ist sie mangels Vorsatzes erfolglos, dann ist die abhängige AG für praktisch unbegrenzte Zeit dem herrschenden Unternehmen ausgeliefert.

Selbst in besonders krassen Fällen kann hier nicht § 195, Ziff. 4 AktG helfen (so wie § 826 BGB im Falle des § 101 AktG). Nach § 195, Ziff. 4 AktG ist ein Hauptversammlungsbeschluß nichtig, der durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt. Das ist der Fall, wenn der Beschluß "für sich allein genommen" [1] gegen die guten Sitten verstößt. Das bedeutet, daß ein unsittlicher Beweggrund oder Zweck (zum Beispiel Vergewaltigung der Minderheit) und eine Sittenwidrigkeit in der Art des Zustandekommens des Beschlusses nur seine Anfechtbarkeit begründet [2]. Das gilt nur dann nicht, wenn nicht anfechtungsberechtigte Personen durch einen Beschluß geschädigt werden, der zwar seinem Wortlaut nach keine Sittenwidrigkeit beinhaltet, aber seinem inneren Gehalt nach in einer sittenwidrigen Schädigung besteht. In einem solchen Fall nimmt man ebenfalls Nichtigkeit an [3]. Daraus folgt, daß Beschlüsse, die zur Schädigung der Minderheitsaktionäre führen, in der Regel nicht nichtig sind, weil sie nicht für sich allein genommen, sondern nur auf Grund ihrer Auswirkungen gegen die guten Sitten verstossen.

Da nach § 197, II AktG Vorsatz erforderlich ist, muß dem Großaktionär nachgewiesen werden, daß es ihm bewußt war, daß der von ihm verfolgte Sondervorteil gesellschaftsfremd war und daß er die Aktionäre oder die AG damit schädigte. Diese Einschränkung ist wesentlich, auch wenn bedingter Vorsatz ausreicht.

Eine weitere aus beiden Vorschriften sich ergebende Lücke ergibt sich aus der engen Fassung der Tatbestandsvoraussetzungen; es genügt nicht die vorsätzliche Schädigung der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre, sondern die Schädigung muß darauf beruhen, daß jemand gesellschaftsfremde Sondervorteile erlangt.

1) RG in JW 1934, 1493.
2) Schlegelberger-Quassowski, AktG 3. Auflage 1939, § 195 Anm. 8
3) BGH U. v. 8.12.54, Bd 15, 282 ff (285); RG U. v. 7.6. 1939, Bd. 161, 129 und 144-145; Baumbach-Hueck § 195 Anm. 3.) F; Würdinger § 25, IV, h) (= S. 165).

Auf die Frage, was darunter zu verstehen ist, gibt es keine einheitliche Antwort.

Einfach ist es noch, den Begriff "Sondervorteil" zu bestimmen: Darunter ist jeder Vorteil zu verstehen, der einem unbeteiligten Dritten nicht in gleicher Weise gewährt wird oder gewährt würde [1]. Hiermit decken sich inhaltlich die Definitionen die unter Sondervorteile "ungewöhnliche Vorteile" [2], "Vorteile, die nicht gleichmäßig allen zugutekommen, die in denselben Beziehungen zur Gesellschaft stehen, wie derjenige, der bevorteilt werden soll" [3], oder Vorteile, die "nicht allen zufließen, die sich der Gesellschaft gegenüber in derselben Lage befinden" [4].

Größere Schwierigkeiten bereitet es zu bestimmen, was ein gesellschaftsfremder Vorteil ist. Diese Formulierung ist jedenfalls weiter als der Begriff der "gesellschaftsschädlichen" Vorteile [5]. Daraus folgt, daß gesellschaftsschädliche Vorteile auf jeden Fall auch gesellschaftsfremde sind [6]. Im übrigen finden sich verschiedenste Definitionen. Es wird darunter ein Vorteil verstanden, der "außerhalb einer ordnungsgemäßen Führung der Gesellschaftsgeschäfte jemandem zufließt, also ohne die unerlaunte Beeinflussung nicht gewährt würde" [6]. Gesellschaftsfremde Sondervorteile werden [8] als "dem Einzelnen eingeräumte Vorteile, die in ihrer Art und in ihrem Umfang nicht bewilligt worden wären, wenn nicht Organe der Gesellschaft einer dem Interesse der Gesellschatft zuwiderlaufenden Beeinflussung unterliegen würde".

Gesellschaftsfremd ist ein Vorteil, der "außerhalb der Interessensphäre der Gesellschaft" [9] liegt, "der weder unmittelbar oder mittelbar ein Vorteil der Gesellschaft, sondern der Vorteil eines anderen ist" [10] oder der "verbands-

---

1) So Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 238/239. Allerdings leitet er dieses Merkmal aus den Bestandteilen "gesellschaftsfremd" ab.
2) Schlegelberger-Quassowski, § 101, Anm. 2
3) Ritter, § 101, Anm. 2b)
4) Baumbach-Hueck[11] § 101, Anm. 2)A
5) Hierzu Lehmann in Festschrift für Hedemann 1938, S. 402
6) Baumbach-Hueck[11], § 101, Anm. 2
8) so, beide Begriffe zusammenfassend, Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. AktG § 101, Anm. 5
9) Schlegelberger-Quassowski, § 101 Anm. 3
10) Lehmann in Festschrift für Hedemann, 1938, S. 403

schädlich oder verbandsindifferent ist, sofern seine Gewährung sich nicht im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung der Gesellschaft hält" [1]. Der letzten Definition ist zuzustimmen, da sie das Merkmal der Gesellschaftsfremdheit am besten wiedergibt. Abzulehnen ist jedenfalls die Ansicht von Godin-Wilhelmi [2], daß ein Schaden der Gesellschaft Voraussetzung sei und die Haftung entfalle, wenn kein Schaden der AG, sondern nur der Aktionäre vorliegt.

Den Unterschied zwischen gesellschaftsschädlichem und gesellschaftsfremden Vorteil zeigt die Kapitalerhöhung. Diese bringt für die AG Vorteile, weil ihr neues Kapital zugeführt wird. Im allgemeinen ist der AG dabei gleichgültig, welche Aktionäre sich an der Kapitalerhöhung beteiligen. Die Auswahl der Aktionäre ist also verbandsindifferent. Dennoch kann bei einseitiger Auswahl des Aktionärskreises der übergangene Teil der Aktionäre geschädigt werden, weil die Größe ihrer Beteiligung am Aktienkapital ohne Ausgleich verringert werden kann. Wenn die Bevorzugung einer bestimmten Aktionärsgruppe nicht ausnahmsweise im Interesse der Gesellschaft liegt, dann liegt der Tatbestand des gesellschaftsfremden Sondervorteils vor, obwohl die Bevorzugung nicht gesellschaftsschädlich ist [3].

Wie weit jedoch immer das Merkmal "gesellschaftsfremd" ausgelegt wird, so ist es auf jeden Fall eine Tatbestandsvoraussetzung, die die Anwendung der §§ 101 und 197/II AktG einengt: Danach muß immer das Gesellschaftsinteresse berücksichtigt werden, und eine Schädigung der Minderheit ist zulässig, wenn sie nicht gesellschaftsfremd ist [4]. Diese Einschränkung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Sie beruht auf der Vorstellung, daß Interesse der Gesellschaft sei mit dem Interesse der Aktionäre identisch, und das Wohl des Unternehmens diene in allen Fällen auch dem Wohl der Aktionäre. Das gilt jedoch nur in den Normalfällen. Die Untersuchungen von Zöllner, der die in einem Verband beteiligten Interessenbereiche gegeneinander abgrenzt [5], ha-

---

1) Zöllner, Schranken, S. 295
2) 2. Auflage, § 101 Anm. 3
3) Zöllner, Schranken, S. 295
4) Zöllner, Schranken, S. 295
5) Zöllner, Schranken, I. Teil = §§ 2 - 9 (S. 17-92).

ben gezeigt, wie das Interesse der Aktionäre und der Gesellschaft auseinanderfallen können. Und die Sachverhalte, die dieser Arbeit zugrunde liegen (die offene und verdeckte Gewinnabführung, der Beschäftigungs-, Kontingents- und Auftragsausgleich unter verschiedenen Unternehmen eines Konzerns, Stillegung eines Betriebes zugunsten des Betriebs eines anderen Konzernunternehmens), werden durch die gegensätzlichen Interessen des Großaktionärs und der konzernfreien Minderheitsaktionäre geradezu geprägt, obwohl beide Aktionärsgruppen in ein und demselben Verband zusammengefaßt sind.

Zöllner unterscheidet zwischen mitgliedschaftlichen Interessen [1] und den übrigen, z.B. privaten oder Konzerninteressen der Verbandsangehörigen.

Das Interesse der Gesellschaft als solcher kann wiederum von den übrigen Interessen abweichen. Das zeigt der Abschluß des Organschafts- oder sonstigen Konzernvertrages, der die Verpflichtung enthält, den gesamten Reingewinn an den Großaktionär abzuführen: es berührt die Interesse der Gesellschaft nicht, ob der Reingewinn an alle Aktionäre in Form einer Dividende verteilt oder an einen anderen abgeführt wird. Im übrigen ist es durchaus möglich, daß der Konzernvertrag für die abhängige AG nur Vorteile bringt. Das ist der Fall, wenn auf Grund der Anlehung an einen Konzern die AG in eine Lage versetzt wird, rationeller und rentabler zu arbeiten oder wenn sie dadurch mehr Aufträge als früher erhält. So kann ein Organschaftsvertrag sogar den Interessen der Gesellschaft dienen und gleichzeitig die Minderheitsaktionäre schädigen. Das zeigt, daß der Abschluß eines Organschaftsvertrages mit Gewinnabführungspflicht nicht "gesellschaftsfremd" zu sein braucht.

Ein ähnlicher Interessenwiderstreit lag auch einem vom BGH zweimal entschiedenen Fall zugrunde [2]: In einer AG war unter Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechtes das Kapital erhöht worden. Trotz des günstigen Angebots eines Großaktionärs, der weniger als 50 % der Anteile besaß, die Ak-

---

1) a.a.O. S. 31
2) 1.BGH 27.9.1956, Bd. 21, S. 354
   2.BGH 6.10.1960, Bd. 33, S. 175

tien zum Kurs von 150 % zu übernehmen, hat der Vorstand dieses angelehnt, weil er nicht wollte, daß der Großaktionär mehr als 50 % der Aktien erhielte und die Gesellschaft unter seinen Einfluß brächte. Der Vorstand gab deshalb die Aktien an gesellschaftstreue Aktionäre (das waren in diesem Fall Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder) zum Kurs von 100 %.

Hierdurch war sowohl der gesellschaftsfeindliche Aktionär geschädigt, - er hatte überhaupt keine Aktien zum günstigen Kurs erhalten - als auch die Gesellschaft - sie hätte mehr für die Aktien erhalten. Trotzdem war der Sondervorteil, den die gesellschaftstreuen Sonderaktionäre erhalten hatten, nicht gesellschaftsfremd, weil der mehr bietende Großaktionär einen für die Gesellschaft ungünstigen Einfluß ausüben wollte.

Der BGH hat das Vorgehen des Vorstands gebilligt. Dabei hat er allerdings eine Prüfung nur nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz vorgenommen [1] und festgestellt, daß dieser nicht verletzt worden ist, da die unterschiedliche Behandlung der Aktionäre sachlich berechtigt gewesen sei und nicht den Charakter der Willkür getragen habe [2].

Das Tatbestandsmerkmal der "gesellschaftsfremden Sondervorteile" kann also dahin führen, daß gerade die Minderheitsaktionäre nicht ausreichend geschützt werden.

Würdinger [3] sieht dementsprechend die Unzulänglichkeit des § 101 AktG darin, daß die abhängige Gesellschaft als solche geschützt wird, die jedoch, soweit sie der herrschenden Konzerngesellschaft gehört, gar nicht schutzbedürftig ist.

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, ist diese Beurteilung zu einseitig, weil gesellschaftsfremd nicht gleich gesellschaftsschädlich ist.

Zutreffend ist aber, wie Zöllner ausführt [4], daß in ein und derselben Norm zwei wesensmäßig scharf zu unterschei-

---

1) a.a.O. S. 186, unter Bezugnahme auf Götz Hueck
2) Mestmäcker, (in BB 1961, S. 945-952) hat diese Entscheidung scharf kritisiert.
3) Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. II/F, 3. Abteilung, 1959, Referat, S.F. 25;
Im Anschluß daran ebenso Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 369
4) Schranken, S. 295.

dende Rücksichtspflichten zusammengefaßt worden sind, deren Ausmaß sich nach ganz verschiedenen Grundsätzen beurteilt:

die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft nicht zu schädigen, und die Pflicht, die außerhalb des Gesellschaftsinteresses liegenden Belange der Mitgesellschafter zu achten.

Eine weitere Einengung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 101 AktG ist darin zu sehen, daß die Haftung nur eintritt, wenn Mitglieder der Verwaltung zu einem ersatzpflichtigen Verhalten bestimmt werden. Das ist zu eng. Gesellschaftsfremde Sondervorteile kann man verfolgen, ohne sich der Vermittlung von Verwaltungsmitgliedern zu bedienen [1].

Das sind im wesentlichen die Gründe, die die Anwendbarkeit der §§ 101 und 197/II AktG beschränken und damit die Lükkenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung indizieren.

4.2 Insbesondere: Die Konzernklausel (= §§ 101, Abs. 3 und 197, Abs. 2, S. 2 AktG).

Die Bestimmungen des § 101, III AktG hat in der Verbindung mit der amtlichen Begründung große Verwirrung gestiftet und das frühere Schrifttum "irregeführt" [2]. Nach dieser Vorschrift tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Einfluß benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Belangen dient.

Dazu heißt es in der amtlichen Begründung [3], es könnten "aufgrund dieser Vorschrift z.B. auch Konzerninteressen berücksichtigt werden". Diese Formulierung fand zunächst, meistens ohne weitere Vorbehalte, Eingang in die Kommentare [4].

Hierdurch wurde der Eindruck erweckt, daß gerade die am häufigsten vorkommende und weitestgehende Einflußnahme auf den Vorstand einer AG, nämlich die eines beherrschenden Konzernunternehmens auf die abhängige AG, priviligiert werde. Damit schien der beherrschenden Konzernmutter Tür

1) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 282.
2) Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, 1948, S. 88
3) D. Reichsanzeiger Nr. 28, v. 4.2.1937
4) Schlegelberger-Quassowski, 1. Aufl. 1937, Anm. 9,2. Abs.

und Tor geöffnet, eine Tochtergesellschaft unter Berufung auf das Konzerninteresse finanziell auszusaugen, ohne schadensersatzpflichtig zu werden.

Daß dieser Eindruck tatsächlich hervorgerufen wurde, zeigen die Ausführungen von Bühler [1], nach denen es auf Grund der Konzernklausel möglich sei, die eigenen Interessen einer Gesellschaft denen des Gesamtkonzerns unterzuordnen, "auch wenn noch Minderheiten vorhanden seien, die geschädigt werden könnten".

Allmählich, besonders in der Nachkriegszeit [2], erkannte man indes, daß dies nicht der Sinn des § 101, III AktG sein konnte. Man konnte sich nicht vorstellen, daß jede Schädigung einer Konzerngesellschaft zugunsten des Konzerns zulässig sei [3], sondern ging davon aus, daß die Konzernleitung die Belange aller ihr anvertrauten Gesellschaften wahren müsse [3]. Schließlich endete die einschränkende Auslegung bei der Feststellung, daß es beim Vorhandensein freier Aktionäre keine schutzwürdigen Belange der Obergesellschaft oder eines Großaktionärs gäbe, die es rechtfertigen könnten, die Außenstehenden zu schädigen [4].

Mit diesen Meinungen schient jedoch die Bestimmung des § 101, III AktG unvereinbar zu sein oder sie muß unverständlich erscheinen. So ist es nicht verwunderlich, wenn man bekennt, daß diese Vorschrift Rätsel aufgäbe [5], sonderbar sei [6] oder daß kaum schutzwürdige Belange denkbar seien [7].

Der Grund dieses scheinbaren Gegensatzes zwischen der heutigen Auffassung zu § 101, III AktG und der früheren, sich auf die amtliche Begründung stützenden Auffassung dürfte darin zu suchen sein, daß man mit dem viel zitierten Konzerninteresse sehr verschiedene Sachverhalte erfassen kann.

---

1) Steuerrecht d. Ges. u. Konzerne, 3.Aufl.1956, § 44,II S.251.
2) s. insbesondere die Nachkriegsauflagen (i.G. zu den Vorkriegsauflagen) der Kommentare von Teichmann-Koehler (3. Aufl.1950) § 101, Anm. 2g) und Godin-Wilhelmi, 2. Aufl. 1950. Vorher bereits Filbinger, Dis. 1942, und Rasch, Deutsches Konzernrecht, Aufl. 1944, S. 137-140.
3) Teichmann-Koehler, 3.Aufl. 1950, § 101, Anm. 2g
4) Schmidt in Großkomm. AktG § 101, Anm. 8; Fechner-Schneider, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, 1960, S. 12; Würdinger, Aktienrecht, 1958
5) Godin-Wilhelmi, § 101, Anm. 6
6) Baumbach-Hueck, § 101, Anm. 4
7) Schmidt in Großkomm. AktG § 101, Anm. 8

Es gibt zwei unterschiedliche Formen des Konzerns. Derjenigen Auffassung, der die Bestimmung des § 101, III AktG unverständlich erscheint, liegt folgendes Bild eines Konzerns zugrunde:

Der von der Konzernspitze in der Weise beherrschte Konzern, daß die anderen abhängigen Konzernunternehmen den wirtschaftlichen Zielen der Konzernmutter untergeordnet sind, ihnen dienen und im Interesse und für Rechnung der Konzernmutter handeln müssen. Diese Konzernart erschöpft jedoch nicht den Begriff des Konzerns, wie allein die Definition des § 15 AktG zeigt. Danach besteht das Merkmal des Konzerns darin, daß rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwekken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind.

Konzerne sind demnach auch die echten sogenannten Interessengemeinschaften in Form der Gewinngemeinschaften, die ihre Geschäfte für gemeinsame Rechnung betreiben, gemeinsam das Risiko tragen und einer zentralen Leitung untergeordnet sind. In derartigen Konzernen bilden die einzelnen Konzernunternehmen eine Gesellschaft; ein derartiger Konzern ist meistens eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) [1].

In aller Regel handelt es sich jedoch um eine Innengesellschaft, weil kein Gesamthandsvermögen gebildet wird, sondern die beteiligten Unternehmen Eigentümer ihres jeweiligen Vermögens bleiben. Dieser gesellschaftsrechtliche Zusammenschluß kann durch eine besondere Spitzen-, oder Dachgesellschaft verstärkt werden, die von den beteiligten Interessen-Gemeinschaftsmitgliedern meistens in der Form einer GmbH gegründet wird [2].

Wenn die Geschäfte auf gemeinsame Rechnung, das heißt auf Rechnung aller Konzernunternehmen geführt wird, hat das zur Folge, daß jedes einzelne Konzernunternehmen am Gesamtgewinn (und -verlust) beteiligt ist. Der Gesamtgewinn muß also nach einem bestimmten Schlüssel auf alle Konzernunternehmen verteilt werden. Hier ist also ein gemeinsames Ganzes vorhanden, das den einzelnen Gliedern übergeordnet ist.

1) Staudinger-Geißler-Keßler, Vorbem. 63c vor § 705
Friedländer, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 116
Ballerstedt in Betrieb, 1956, S. 815

2) Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927, S. 23 oben.
Aus dem Beispiel auf S. 145 ff: "§ 2: Gegenstand (der GmbH) ist 1. die Durchführung des Gemeinschaftsgedankens innerhalb der zwischen den Gesellschaften bestehenden Interessen-Gemeinschaft".

Diesem gemeinsamen Ganzen können vorrangige Interessen gegenüber den einzelnen Unternehmen zugestanden werden. Es ist sehr wahrscheinlich, daß dies allein das Aktiengesetz von 1937 und die amtliche Begründung berücksichtigen wollten: Es ist möglich, daß eine Maßnahme der Konzernleitung, die für das Ganze vorteilhaft ist, sich auf die einzelnen Unternehmen nachteilig auswirkt. An diesem Vorteil nimmt aber bei einer echten Interessen- und Gewinngemeinschaft das Einzelunternehmen wiederum teil. Deswegen ist es gerechtfertigt, die Konzerninteressen als schutzwürdige Belange anzusehen. Das Konzerninteresse bleibt selbst dann ein schutzwürdiger Belang, wenn sich eine einzelne Maßnahme als Fehlgriff erwiesen hat und auch dem Gesamtkonzern kein Vorteil daraus erwächst. Daß sich der Gesetzgeber von dem Konzern mit gemeinsamen Interessen hat leiten lassen, darauf deutet der Bericht über die Arbeiten des Aktienrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht hin [1]. Die Arbeitsergebnisse dieses Ausschusses bildeten die Grundlage dieses Aktiengesetzes [2]. In dem Bericht wird betont, daß der Konzerngedanke der nationalsozialistischen Wirtschaftsauffassung entspreche. Die Konzernstruktur, die man dabei vor Augen hatte, ergibt sich aus der in dem Bericht getroffenen Feststellung, daß dem Leiter des Konzerns als Ziel vorschweben muß, Verhältnisse zu schaffen, bei denen alle Glieder des Konzerns ihre Rechnung fänden. Gegenseitige Rücksichtnahme und Förderung, und eine Unterstützung des schwächeren Konzernmitgliedes in schlechten Zeiten erwartete man von den Konzerngliedern [3]. Die Tendenz des § 101 (damals noch § 86 des Entwurfs von 1931), so wurde in dem Bericht gesagt, wäre allgemein anerkannt. Die Schwierigkeit läge darin, daß unter allen Umständen eine Ausnützung der Gesellschaft zu eigensüchtigen Interessen eines Großaktionärs vermieden werden solle, andererseits aber gerade in Konzernverhältnissen eine allzu detaillierte Fassung zu einer formalistischen Auslegung führen könne, die an dem einzelnen Fall kleben bleibe und die gesamten Zusammenhänge und gemeinsamen Interessen des Konzerns außeracht lasse. Konzernbeziehungen ließen sich eben nicht immer in ein bloßes Rechenexempel auflösen. Die Formulierung von den "gemeinsamen Interessen des Konzerns" deutet auf die Art des Konzerns hin, die man im Auge hatte. Man befürchtete eine

1) Kißkalt, Zweiter Bericht.... in ZAkDR 1935, S. 247 ff
2) Quassowski in ZAkDR 1937, S. 101
3) Kißkalt, Bericht, S. 255

isolierte Betrachtung der einzelnen Maßnahmen der Konzernleitung, die für sich betrachtet für einzelne Konzernunternehmen schädlich seien, die aber im Interesse des gesamten Konzerns und damit letztenendes auch dem eigenen Interesse dienen [1]. Hieraus läßt sich schließen, daß das Konzerninteresse, das in der amtlichen Begründung erwähnt wird, nur das Interesse einer ganz bestimmten Konzernart ist [2]. Einen Hinweis auf diese Auffassung gibt auch der Entwurf eines Aktiengesetzes aus dem Jahre 1930 [3], der in § 84 eine dem heutigen § 101 AktG entsprechende Bestimmung, jedoch ohne die Ausnahmevorschrift des § 101 Abs. 3 AktG, enthielt. In der amtlichen Begründung [4] hieß es dazu, daß man davon bewußt Abstand genommen hat, damit es der Rechtsprechung vorbehalten bleiben kann, nach Lage des einzelnen Falles eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Konzerns und denen jeder seiner Mitgliedsgesellschaften vorzunehmen. Bei der heutigen Interpretation des § 101 Abs. 3 AktG geht man hingegen vielfach von der Vorstellung eines andersartigen Konzerns aus, und zwar von einem Konzern, bei dem die Gewinne aller Untergesellschaften bei der Konzernmutter zusammenfließen, bei denen die Konzernmutter die Konzernpolitik an ihren wirtschaftlichen Bedürfnissen ausrichtet und die Konzerngewinne so verwendet, daß sie den größten Nutzen hat. Bei diesen Konzernen arbeiten die Konzernunternehmen nicht auf gemeinsame Rechnung und verfolgen keinen gemeinschaftlichen Zweck, sondern alle arbeiten auf Rechnung der Konzernmutter und müssen dem Ziel der Konzernmutter dienen.

Bei dieser Art von Konzernen ist es verfehlt, von einem berechtigten Konzerninteresse zu sprechen. Vielmehr würde das Konzerninteresse nichts anderes bedeuten als das Interesse der Konzernmutter. Es geht aber nicht an, das Konzerninteresse mit dem Interesse der konzernbeherrschenden Gesellschafter gleichzustellen [5].

---

1) Duden in BB 1957, S. 1232
2) so interpretiert das Konzerninteresse auch Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft", 1948, S. 89
3) veröffentlicht durch das RJM, Berlin 1930
4) "Erläuternde Bemerkungen" a.a.O., S. 93 ff, S. 106
5) Zöllner, Schranken, S. 84

Für die Interpretation des § 101 Abs. 3 AktG ergibt sich, daß bei der Zugehörigkeit einer AG zu einem Konzern das Konzerninteresse nur dann als schutzwürdiger Belang angesehen werden kann, wenn der Konzern den Interessen aller Konzernunternehmen dient. Das ist außer bei den echten Interessengemeinschaften auch bei Konzernen der Fall, bei denen zwischen den einzelnen Gliedern zwar keine Gesellschaft oder ein gesellschaftsähnliches, tatsächliches Gemeinschaftsverhältnis vorliegt, aber wo die Tochtergesellschaft dafür, daß sie im Interesse und auf Rechnung der Konzernmutter ihr Unternehmen betreibt, eine angemessene Gegenleistung erhält. Diese kann in Form einer variablen, an dem Gewinn der Konzernmuttergesellschaft ausgerichteten Vergütung bestehen. Bei diesen Konzernen werden sich im ganzen und auf die Dauer Vor- und Nachteile ausgleichen.

Ob ein berechtigtes Konzerninteresse vorliegt, läßt sich allerdings mit Sicherheit nur bei Vertragskonzernen feststellen. Bei reinen Beteiligungskonzernen kann man nur aus der bisherigen Konzernpolitik schließen, ob die Konzernleitung nur oder überwiegend die Interessen des herrschenden Unternehmens oder die gemeinsamen Interessen aller Konzerngliedor verfolgt. Feststellungen hierüber werden für die Gerichte sehr schwierig oder oft sogar unmöglich sein. Das ist jedoch kein entscheidender Nachteil, weil Abs. 3 des § 101 AktG als echte Ausnahmevorschrift vom Beklagten, also in dem vorgestellten Falle von dem konzernbeherrschenden Unternehmen bewiesen werden muß. Kann dieses nicht beweisen, daß es den Konzern im Interesse aller Konzernunternehmen leitet, ist es unter den Voraussetzungen des § 101 Abs. AktG schadensersatzpflichtig.

Wesentlich ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung die Vor- und Nachteile ausgeglichen werden. Wenn sich z.B. die beherrschte AG verpflichtet, ihre Waren unter Marktpreis zu liefern, kann das durch eine langjährige Abnahme- und Preisgarantie oder durch ein niedrig- oder unverzinsliches Darlehn der Muttergesellschaft ausgeglichen werden [1].

---

1) s. Joss, Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, Aarau 1936, 201/202.

Die von der heutigen herrschenden Auffassung vertretene Ansicht [1], daß Maßnahmen der Konzernleitung nur dann schutzwürdig sind, wenn ein dadurch verursachter Nachteil durch Vorteile, die die Konzernzugehörigkeit mit sich bringt, ausgeglichen wird, entspricht also auch der ursprünglichen Konzeption des Aktiengesetzes. Sie wurde nur durch eine zumindest unklare [2] Vorstellung von dem Konzerninteresse verkannt.

Die hier gemachten Ausführungen lassen sich auch zwanglos mit dem Wortlaut des § 101 Abs. 3 AktG in Übereinstimmung bringen. Nicht jedes Interesse des Konzerns ist ein berechtigtes Interesse, sondern nur dasjenige, das die beherrschte AG oder ihre konzernfreien Aktionäre in angemessener Weise am Gewinn des Konzerns teilnehmen läßt.

Als Ergebnis kann also festgehalten werden, daß ein richtig verstandenes Konzerninteresse anzuerkennen ist.

Das beweist nicht nur § 101 Abs. 3 AktG, sondern auch § 256 AktG: Alle Verträge des § 256 Abs. 2 AktG haben zum Inhalt, daß die Geschäfte einer AG für Rechnung eines anderen geführt werden. Das bedeutet nichts anderes, als daß die AG im Interesse eines anderen tätig werden kann.

Auch das Bundesverfassungsgericht geht im Feldmühle-Urteil [3] unter Hinweis auf § 15 AktG und § 76 Betriebsverfassungsgesetz [4] davon aus, daß das geltende Wirtschafts- und Sozialrecht die Konzerne anerkennt. In dieser Anerkennung sieht es die Billigung der unternehmerischen Freiheit zur Bildung von Konzernen. Es führt aus, daß demzufolge auch die Konzernleitung den Aufbau des Konzerns bestimmen, ihm seine Organisation geben und damit das Feld seiner wirtschaftlichen Betätigung nach ihren Plänen ordnen könne. Das Bundesverfassungsgericht hält diese Wertung des Gesetzgebers für verfassungsrechtlich zulässig.

Wenn ein Konzerninteresse grundsätzlich anzuerkennen ist, besteht nur die Frage, wie trotz Wahrung der Konzerninteressen die Kleinaktionäre geschützt werden können.

---

1) s. Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm.AktG § 101 Anm. 8
2) Zöllner, Schranken, S. 83
3) BVerfG 7.8.62, Bd. 14, S. 263 (280 ff)
4) 11. Okt. 52, BGBl I, S. 681

Die Wahrung der berechtigten Interessen der Minderheit ist nach dem Bundesverfassungsgericht [1] sogar Voraussetzung dafür, die Anerkennung des Konzerninteresses als verfassungskonform anzusehen.

Die Anerkennung des Konzerninteresses wird auch für die Treuepflicht bedeutend; deshalb ist bei den späteren Ausführungen zur Treuepflicht darauf zurückzukommen.

1) Bd. 14, S. 283

5. Die Ergänzung der Konzernklausel und des § 256 AktG im Schrifttum durch Zuerkennung eines Ausgleichsanspruchs

Die in Abschnitt 4 erwähnten Lücken der gesetzlichen Regelung wurden bald nach Erlaß des Aktiengesetzes allgemein erkannt und durch Zuerkennung eines Ausgleichsanspruchs geschlossen.

Die Begründung eines Ausgleichsanspruches sind nicht einheitlich und oft auch nicht eindeutig. Es fehlt insbesondere an einer systematischen Erfassung und Einordnung des Ausgleichsanspruchs. Sein Verhältnis zu den gesetzlichen Vorschriften - insbesondere zum Schadensersatzanspruch des § 101 AktG - bleibt unbestimmt. Das kommt schon darin zum Ausdruck, daß der Ansatzpunkt für einen Ausgleichsanspruch verschieden ist. Einmal wird von § 101 Abs. 3 AktG ausgegangen und die Wahrnehmung von Konzerninteressen nur dann als schutzwürdig angesehen, wenn die damit verbundene Schädigung der Gesellschaft wettgemacht wird. Diese Lösung wurde für das frühere Recht zuerst von Hueck [1], jedoch ohne nähere Begründung vorgeschlagen. Für das neue Recht wurde dieser Gedanke dann von Filbinger [2] wieder vertreten und mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung als konzernrechtliche Kategorie begründet [3]. Seiner Meinung nach sind alle Konzerngesellschaften innerhalb des Gesamtkonzerns gleichberechtigt. Das führt dann dazu, daß eine

---

1) Hueck in RGPraxis Bd. I V, S. 175 Anm. 20, S. 179, S. 180 Anm. 34; ähnlich Brodmann in ZHR 94 (1929) S. 31 ff (S. 68/69), der ausführt, man solle in solchen Fällen entweder zur Entschädigung greifen oder zur Fusion schreiten.
2) Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktien- und Konzernrecht, Freiburg 1942
3) Diss. S. 62-65

finanzielle Schmälerung eines Gliedes durch Ausgleichsleistungen wettgemacht werden muß [1]. Filbinger ist im Ergebnis zuzustimmen. Die von ihm vorgeschlagene Lösung hat jedoch Mängel und entbehrt einer eigentlichen Begründung. Der Hinweis auf die Gleichbehandlung als konzernrechtliche Kategorie ist keine Begründung, sondern nur ein anderes Wort für den gleichen Tatbestand.

Die Frage, warum innerhalb eines Konzerns der Grundsatz der Gleichberechtigung herrscht, bleibt unbeantwortet. Sie kann auch schwerlich für alle Konzerne gleich beantwortet werden, weil das Konzernverhältnis seiner Struktur nach nicht in allen Fällen ein Gemeinschaftsverhältnis ist [2]. Auch bietet der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht einen umfassenden und immer sachgemäßen Schutz, wie Zöllner gezeigt hat [3].
Der vorgeschlagene Ausgleichsanspruch ist im neueren Schrifttum weitgehend anerkannt [4], wobei jedoch über Grund und Inhalt dieses Anspruchs verschiedene Vorstellungen bestehen. Vielfach fehlt es überhaupt an einer Begründung.

Neben diesem Ausgleichsanspruch im Rahmen des § 101 Abs. 3 AktG findet sich ein Ausgleichsanspruch für die Minderheitsaktionäre für den Fall des Abschlusses eines Konzernvertrages [5]. Dabei ist nicht ersichtlich, ob dieser Anspruch mit dem in § 101 Abs. 3 AktG als identisch oder zusammenhängend angesehen wird.

Beide Ansprüche müssen als identisch angesehen werden. Ein Unterschied ist nur darin zu sehen, daß sich der Ausgleichsanspruch zu § 101 Abs. 3 AktG auf den Fall der faktischen Konzerneingliederung, der zu § 256 AktG auf die vertragliche Konzerneingliederung bezieht. Ihrer beider

---

1) Diss. S. 131
2) Zöllner, Schranken, S. 309, der mit dieser Begründung die Konzeption von Filbinger ablehnt (§ 28,IV,S.309-311)
3) Schranken, S. 310/311
4) Schmidt-Meyer-Landrut, in Großkomm.AktG, § 101 Anm.8, Würdinger, Aktienrecht, S. 224, Rasch, Konzernrecht, S. 101, Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 276 ff., Pleyer in AktienG, 1959, S. 8-13, 39-43 (40), Schilling in JZ 1957, S. 530.
5) Schilling in Großkomm.AktG, § 256 Anm. 7 und 13, Rasch, Konzernrecht, S. 87, Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 354.

Angelpunkt ist die Bestimmung des § 101 Abs. 3 AktG, die über § 197 Abs. 2 S. 2 AktG auch für den Konzernvertrag relevant wird. Ein Ausgleichsanspruch für die durch die Hauptversammlung genehmigte Eingliederung ist im Rahmen des § 101 AktG irrelevant, weil nach § 101 Abs. 7 AktG diese Bestimmungen nicht anwendbar sind. Da aber § 256 AktG keinen eigenen besonderen Minderheitenschutz vorsieht, kommt als einziger gesetzlicher Minderheitenschutz das Anfechtungsrecht des § 197 Abs. 2 AktG in Betracht. Diese Bestimmung enthält aber dieselbe Konzernklausel wie § 101 Abs. 3 AktG und konfrontiert deshalb mit der gleichen rechtlichen Situation: Das Konzerninteresse scheint eine Schädigung der Minderheit zuzulassen. Die Lösung dieses Konfliktes mit Hilfe des Ausgleichsanspruchs ist in beiden Fällen dieselbe: eine Schädigung der Gesellschaft durch einzelne Weisungen der Konzernspitze, sei es mit oder ohne konzernvertraglicher Grundlage, ist erlaubt. Sie macht den Vertrag, der auch schädigende Weisungen zuläßt, nicht anfechtbar und führt auch nicht zur Schadensersatzpflicht. Jedoch ist sie nur erlaubt, wenn ein Ausgleich gewährleistet wird. "Der Aktionär muß dulden, kann aber liquidieren." [1]

Die allgemeine Anerkennung des Ausgleichsanspruchs und die verschiedenen Begründungen [2] weisen auf ein Problem des Aktienrechts hin, dessen Lösung nur durch Annahme einer Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs zu erreichen ist. Auch Mestmäcker geht von einer Treuepflicht aus [3], leitet jedoch die Entschädigungspflicht aus der Verfügung des Großaktionärs über die Mitgliedschaftsrechte der Kleinaktionäre ab [4] und begründet [5] diese Pflicht mit einer Rechtsanalogie zu den Vorschriften über die Umwandlung

---

1) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 352
2) auch Zöllner, Schranken, S. 88, Anm. 27, weist auf die Schwierigkeiten hin, die die Konstruktion eines Ausgleichsanspruchs bereitet.
3) Konzerngewalt, S. 351
4) Konzerngewalt, S. 352
5) Konzerngewalt, S. 352-54

(§ 12 UmwandlungsG vom 12.11.56), Liquidation (§ 211 AktG), Fusion (§ 243 AktG) und den Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters [1].

Nach der hier vertretenen und unten ausgeführten Auffassung ist es jedoch nicht notwendig, neben der Begründung aus der Treuepflicht mit einer Rechtsanalogie zu arbeiten. Die Rechtsanalogie überzeugt nicht [2] und ist auch nicht möglich; einmal weil gesetzlich nur in § 12 UmwandlungsG ausdrücklich eine angemessene Abfindung, also eine Geldleistung vorgesehen ist; zum anderen, weil sich das vollständige Ausscheiden aus einer Gesellschaft doch wesentlich von der Beeinträchtigung der Anteilsrechte des Aktionärs unterscheidet.

Eine Analogie ist nur möglich für Fälle, die sich "von den im Gesetz entschiedenen nur in unwesentlichen, in Regel innerlich nicht berührenden Punkten unterscheiden" [3].

Es kann auch auf eine Begründung der Ausgleichsleistung hingewiesen werden, die sich im Anschluß an die Untersuchungen von Wüst [4] so formulieren läßt: Alle Aktionäre stehen untereinander in einer Interessengemeinschaft, die als Risikogemeinschaft einen Ausgleich erfordert, wenn nur bestimmte Aktionäre zu Schaden kommen. Wüst selbst geht hierauf zwar nicht ein, doch kann man diese Folgerung aus seinen Untersuchungen ziehen, die sich ganz allgemein mit der "schlichten Interessengemeinschaft" [5] befassen, die durch eine natürliche oder geschaffene Interessengleichrichtung gekennzeichnet ist [6]. Als schlichte Interessengemeinschaft sieht Wüst auch das Verhältnis der Aktionäre untereinander an [7], dem er im übrigen eine Treupflicht zugrunde legt [8]. Da Wüst die wesentliche Rechtsfolge jeder Interessengemeinschaft im Ausgleich sieht [9], muß das auch für die Aktionäre untereinander gelten.

---

1) s. BGH 1.4.57, Bd. 9, S. 157 ff
2) Zöllner, Schranken, S. 89, Anm. 27
3) Enneccerus-Nipperdey, 15. Bearb. 1959, § 58 II 1.a)=S.340
4) Günter Wüst, "Die Interessengemeinschaft", Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts", 172 S., Frankfurt/M./Berlin 1958
5) Die von der konzernrechtlichen Interessengemeinschaft mehrerer Unternehmen zu unterscheiden ist; Wüst, a.a.O.,51
6) Wüst, a.a.O., S. 63
7) Das ergibt sich aus S. 61 "Zur Treuepflicht"
8) a.a.O., S. 62/63
9) s. § 4 "Ausgleichsfälle" S. 63-111.

Diese Auffassung widerspricht der unten vertretenen nicht unmittelbar, geht aber von einer breiteren dogmatischen Grundlage aus. Weil das hier behandelte Thema enger ist, braucht nicht auf diese allgemeine Grundlage zurückgegriffen werden.

Bevor der Versuch unternommen wird, die Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs zu begründen und aus ihr den Ausgleichsanspruch herzuleiten, soll noch auf die Frage eingegangen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Weisung überhaupt zulässig, das bedeutet rechtmäßig ist.

6. Die Zulässigkeit von Weisungen

6.1. Der Ausgangspunkt des § 70 AktG

Die Frage nach der Zulässigkeit von Weisungen durch die Konzernspitze stellt sich angesichts des § 70 AktG [1]. Nach dieser Bestimmung hat der Vorstand unter eigener Verantwortung die Geschäfte so zu leiten, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.

Die Geschäftsführung ist nach dieser Bestimmung alleinige Zuständigkeit und Aufgabe des Vorstands. Die dem Vorstand zugewiesene selbständige Leitung des Unternehmens unter eigener und alleiniger Verantwortung wird als sein unentziehbares Recht und seine unabdingbare Pflicht angesehen [2]. Das bedeutet, daß man die gesetzliche Verteilung der Funktion auf die Organe der AG als zwingende gesetzliche Zuständigkeitsordnung ansieht.

Wie verträgt sich diese gesetzlich zwingend festgelegte Weisungsunabhängigkeit mit der tatsächlichen Weisungsabhängigkeit? Diesem Problem ist für den Beteiligungskonzern und Vertragskonzern getrennt nachzugehen.

6.2 Weisungen im Beteiligungskonzern

Aus § 70 AktG läßt sich herleiten, daß eine Weisung der Konzernspitze für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft rechtlich nicht verbindlich ist. Die dem Großaktionär durch das Gesetz zugestandenen Rechte sind nicht andere als die jeden anderen Aktionärs. Sie beschränken sich auf das Stimmrecht in der Hauptversammlung. Maßnahmen der Geschäftsführung sind zwingend nur dem Vorstand vorbehalten. Die Hauptversammlung kann über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn es der Vorstand verlangt (§ 102 Abs. 3 AktG). Nur in diesem Fall ist der Vorstand verpflichtet, sich an den Beschluß zu halten (§ 74 Abs. 1 AktG).

---

1) Geßler in Festschrift für W. Schmidt, 1959, S. 247 ff (249)
2) Würdinger, Aktienrecht, § 20 IV 2. (=S. 131).

Ist aus § 70 AktG außer der Unverbindlichkeit erteilter Weisungen auch zu folgern, daß der Vorstand Weisungen nicht befolgen darf? Diese Folgerung ist nicht möglich. Das AktG setzt die Abhängigkeit einer AG von einem anderen Unternehmen nur auf Grund von Beteiligungen in § 15 Abs. 2 voraus, wo der Konzernbegriff daran geknüpft wird, daß ein selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens steht.

Daraus läßt sich folgern, daß das Gesetz die Einflußnahme als solche nicht als widerrechtlich ansieht und daß die Befolgung einer Weisung für den Vorstand einer abhängigen AG grundsätzlich nicht rechtswidrig ist.

Jedoch gilt die erhebliche Einschränkung, daß der Vorstand von seiner Verantwortung und Haftung nicht befreit wird, wenn er Weisungen eines anderen ausführt. Von seiner aus § 70 AktG folgenden Pflicht, dem Wohl des Betriebes zu dienen, wird der Vorstand nicht befreit. Eine die Gesellschaft schädigende Maßnahme bleibt also für den Vorstand rechtswidrig.

Die objektive Sorgfaltspflicht des § 70 AktG wird ergänzt von den subjektiven Anforderungen des § 84 Abs. 1 AktG, wonach die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Hierdurch wird eine reine Erfolgshaftung, die für die Verwaltung unerträglich wäre, ausgeschaltet. Es ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung, ob die Anforderungen des § 84 Abs. 1 AktG subjektiver oder objektiver Art sind [1]. Eine schädigende Maßnahme begründet also keine Haftung, wenn der Vorstand die Schädigung trotz der in § 84 AktG gebotenen Sorgfalt nicht vor-

---

1) Nach der traditionellen Zivilrechtsdogmatik, die in § 276 BGB ein subjektives Verschuldenselement sieht, sind sie subjektiver Natur. Nach der neueren, von der Strafrechtsdogmatik beeinflußten Theorie, die aus einem verkehrsgerechten Verhalten bereits die Rechtmäßigkeit einer Handlung ableitet, ist sie als objektive, die Rechtmäßigkeit der Vorstandshandlungen betreffende Norm anzusehen.
Hierzu ausführlich Staudinger-Werner, 10./11. Aufl. 1962, Vorbem. 60-103, insbes. 81-90. BGH v. 4.3.57, Straßenbahnunfall, § 831 BGB, Bd. 24, S. 21 ff; s. auch Hinweis bei Mestmäcker auf Eberhard Schmidt, in "Konzerngewalt", S.213.

aussehen konnte. Diese Regelung gilt auch für die Befolgung von Weisungen. Sie können befolgt werden, wenn sie bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt dem Wohl des Unternehmens zu dienen geeignet erscheinen. So kann z.B. die Stillegung eines Betriebs wegen der ungünstigen Marktlage geboten erscheinen und auch dem Unternehmen (nicht dem Konzern!) als solchem zugutekommen. Stellt sich aber hinterher wegen eines entscheidenden Umschlags der Marktlage die Schließung als ungünstig heraus, so ist die Weisung trotzdem gerechtfertigt, weil sie zum Wohl des Unternehmens erteilt wurde. Die Ausführung einer am Wohl des Unternehmens orientierten Weisung ist zwar für den Vorstand unverbindlich, aber rechtmäßig. Die Ausführung einer Weisung durch den Vorstand, mit der gesellschaftsfremde Interessen verfolgt werden, ist jedoch rechtswidrig.

Zu beachten ist jedoch, daß durch § 70 AktG nur der Vorstand, nicht aber der beherrschende Großaktionär unmittelbar gebunden ist. Der Großaktionär ist als Extraneus kein Verwaltungsorgan der AG, und ihn treffen deswegen nicht unmittelbar die gesetzlichen Pflichten aus § 70 AktG. Wenn der Großaktionär eine das Wohl der Gesellschaft schädigende Anweisung erteilt, kann deren Rechtswidrigkeit für ihn nicht aus § 70 AktG gefolgert werden. Aus den gleichen Gründen kann auch die Rechtsfigur der Anstiftung oder unmittelbaren Täterschaft zu einer rechtswidrigen Handlung nicht weiterführen. Das Zivilrecht kennt nur für unerlaubte Handlungen eine haftungsbegründende mittelbare Täterschaft und Anstiftung, die durch §830 Abs. 2 BGB ihrerseits als unerlaubte Handlung behandelt werden.

Das entspricht der zivilrechtlichen Gestaltung der rechtswidrigen Handlungen, d.h. widerrechtliche, meist schuldhafte Handlungen, an die sich ex lege eine für den Täter nachteilige Folge knüpft [1].

Sie sind als Delikte oder Forderungsverletzungen denk-

---

1) Enneccerus-Nipperdey, 15. Bearb. 1960, § 138 III 3 = S. 868-869.

bar [1]. Eine widerrechtliche Handlung setzt also, abgesehen vom Deliktrecht, das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus. Die Anstiftung eines anderen zu einer positiven Forderungsverletzung kann also nicht rechtswidrig sein, weil der Anstiftende selbst vorher nicht verpflichtet war. Eine Forderung kann von außen her, das heißt durch einen Dritten nicht verletzt werden [2]. Da sich aus § 70 AktG nur eine Verpflichtung für Vorstandsmitglieder ergbit, kann eine Verpflichtung für den einflußnehmenden Großaktionär auch nicht über die Anstiftung oder mittelbare Täterschaft begründet werden.

In dieser Schlußfolgerung drückt sich der allgemein anerkannte Grundsatz aus, daß die Verletzung eines Forderungsrechts nicht unter § 823 Abs. 1 BGB fällt [3], sondern nur im Rahmen von §§ 823, Abs. 2, 826 BGB - und für das Aktienrecht § 101 AktG - deliktisch und in dem § 816 Abs. 2 BGB bereicherungsrechtlich geahndet werden kann. [4]

6.3 Weisungen im Vertragskonzern

In einem Vertragskonzern ändert sich die Rechtslage hinsichtlich von Weisungen erheblich.

6.31 Bei einem Pachtvertrag und sonstigem Betriebsüberlassungsvertrag im Sinne von § 256 AktG ist für Weisungen des herrschenden Unternehmens an die beherrschte AG kein Raum, weil das herrschende Unternehmen selbst die Geschäftsführung übernommen hat [5], und die Geschäftsführung des Vorstands der beherrschten Gesellschaft sich darauf beschränkt, den Pachtzins in Empfang zu nehmen und zu verwalten, sowie die zur Erfüllung der Verpächterpflichten notwendigen Maßnahmen zu vollziehen [6].

---

1) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 869
2) Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit bes. Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911, S. 155
3) Enneccerus-Lehmann, 15. Bearb. 1958, § 23 I 1 b) = S. 943; Larenz, II, § 66 I a) (= S. 360 der 5. Aufl. 1962), Esser, § 202 1.b) cc) = S. 845
4) Esser, a.a.O.
5) Würdinger, Aktienrecht, § 28 B II 3.a) (= S. 201)
6) Würdinger, a.a.O., S. 200, RG 2.2.1881, Rumänischer Eisenbahnfall, Bd. 2, S. 122 ff (133), eine Entscheidung auf die noch zurückzukommen ist.

6.32 Bei **Betriebsführungsverträgen** i. S. des § 256 Abs. 2, letzte Alternative AktG sind jedoch Weisungen möglich, weil die beherrschte AG zwar ihren Betrieb selbst weiterführt, sie ihn aber im Interesse und für Rechnung, also nach Weisung des herrschenden Unternehmens leitet [1]. Die Weisungen auf Grund derartiger Betriebsführungsverträge (worunter auch Indienststellungsverträge und Geschäftsbesorgungsverträge i. S. Würdingers zählen)[1] richten sich an die Tochtergesellschaft als solche, da nur sie Vertragspartner der Muttergesellschaft ist. Deshalb ist eine Kollision mit § 70 AktG wiederum ausgeschlossen. Die in § 70 AktG geforderte selbständige Geschäftsführung ist nur an die Adresse des Vorstands gerichtet. Der Vorstand soll die Geschäfte unabhängig von anderen Organen der AG (Aufsichtsrat und Hauptversammlung) und von dritten Personen führen. Ist aber die AG selbst nicht abhängig, kann es auch der Vorstand nicht sein. Weisungen an die AG sind zulässig; deswegen muß auch der Vorstand die Weisungen als das handlungsfähige Organ ausführen [2].

6.33 Die gleichen Erwägungen, die für den Betriebsführungsvertrag gelten, gelten auch für den Organschaftsvertrag. Beim Organschaftsvertrag wird die Tochtergesellschaft als solche zum Organ der Muttergesellschaft und ist als Organ den Weisungen der Muttergesellschaft unterworfen, die der Vorstand der Tochtergesellschaft auszuführen hat. Der Organschaftsvertrag ist auch nur ein Vertrag, bei dem die Tochtergesellschaft die Geschäfte für Rechnung der Muttergesellschaft und nach deren Weisungen ausführt[3].

Die hier angestellten Erwägungen gehen davon aus, daß die Konzernverträge schuldrechtlicher Natur sind

---

1) s. Würdinger, Aktienrecht, § 28 B II 4 b = S. 204
2) so auch Schilling in Großkomm. Aktiengesetz, § 256 Anm. 19, 3. Abs. i.V. mit Anm. 11,2. Abs., mit der allerdings nach dem hier Gesagten abzulehnenden Begründung, § 256 sei lex specialis zu § 70 AktG
3) Das haben die Ausführungen in Abschn. 2,22 gezeigt. Siehe dazu Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 85; Agnes Meise, Zivilrechtliche Probleme der Organschaft, 1935, S. 15 ff.

und nur die Tochtergesellschaft als solche binden. Das hat zur Folge, daß nicht der Vorstand, sondern die AG weisungsgebunden ist.

Dieser Erwägung tritt jedoch Ballerstedt bei der Beurteilung von Organschaftsverträgen entgegen [1]. Nach Ballerstedt ist der Organschaftsvertrag kein schuldrechtlicher, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Vertrag [2], d.h. er ist systematisch dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen. Das Kennzeichen des gesellschaftsrechtlichen Vertrages sieht Ballerstedt darin, daß "die nach Gesetz oder Statut geltenden Regelungen für die Bestimmungen des Willens der Gesellschaft und für die Orientierung der Geschäftsführung an dem Gesellschaftsinteresse durch den Vertrag geändert" werden. Die innere Struktur der abhängigen Gesellschaft werde geändert. Aus den gleichen Erwägungen bezeichnet auch Würdinger [3] die Organverträge als Organisationsverträge, die die juristische Person nicht von außen her gegenüber einem Dritten binden, sondern die Organe innerhalb der Gesellschaft gleich der Gesellschaftssatzung, die sie ergänzen. Sie regelten gleich der Satzung die organisationsrechtlichen Grundlagen der Gesellschaft, begründeten also eine gesellschaftsinterne Zuständigkeit und Funktion des herrschenden Unternehmens [4].

---

1) In Betrieb, 1956, S. 813-815 (815); 1957, S.837-841 (837)

2) In Betrieb 1956, S. 815. Ebenso Flume in Betrieb 1956 S. 455, und Rinck im Juristenjahrbuch, 5. Bd. (1964/65), S. 128. Auch Schilling in Großkomm.AktG § 256 Anm. 4 spricht von einem gesellschaftsrechtlichem Charakter der Verträge, meint aber damit etwas anderes: Seiner Ansicht nach begründen die Verträge des § 256 AktG zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft eine Gesellschaft, seien also - bis auf den Pachtvertrag - keine bloß schuldrechtlichen Austauschverträge. Diese Ansicht erscheint deswegen nicht überzeugend, weil außer bei dem Interessengemeinschaftsvertrag kein gemeinsamer Zweck durch den Vertrag angestrebt wird und Geschäfte nicht für gemeinsame Rechnung getätigt werden.

3) Aktienrecht, § 28 B III 1.b) = S. 207

4) Nicht ganz eindeutig ist die Stellungnahme Mestmäckers in Konzerngewalt, S. 324 vor II. Er scheint jedoch die grundsätzlich schuldrechtliche Natur der Organschaftsverträge zu bejahen.

Für § 70 AktG, der Gegenstand dieser Ausführungen ist, schließt Ballerstedt folgerichtig [1], daß durch den Organschaftsvertrag eine grundlegende Veränderung der im Gesetz zwingend vorgeschriebenen Machtverteilung vollzogen werde, daß also - wie man sinngemäß ergänzen kann - ein Organschaftsvertrag § 70 AktG abändere. Diese Konstruktion erscheint zwar bestechend, ist aber rechtlich nicht zu rechtfertigen. Vielmehr werden aus den faktischen Auswirkungen falsche Schlüsse auf den rechtlichen Gehalt gezogen.

Ballerstedt[2] geht im Anschluß an Flume [3] davon aus, daß der Organschaftsvertrag sich nicht unter einen der bekannten schuldrechtlichen Vertragstypen subsumieren läßt und daß auch die überwiegend vorgenommene Analogie zum Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag nicht der Eigenart des Organschaftsvertrages gerecht wird. Daraus läßt sich aber nicht unter Ausschluß anderer Möglichkeiten ableiten, daß der Vertrag gesellschaftsrechtlicher Natur ist. In dem Sinne, daß der Organschaftsvertrag eine Gesellschaft zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft schaffe, ist es offensichtlich nicht gemeint. Das wäre auch nicht möglich, weil wegen der ausschließlichen Ausrichtung der Geschäftstätigkeit auf die Interessen der Muttergesellschaft nur eine sogenannte "societas leonina" vorliegen würde, die nach deutschem Recht keine Gesellschaft ist, da ihr der gemeinsame Zweck fehlt [4]. Ein gesellschaftsrechtlicher Vertrag in diesem Sinne wäre ausserdem auch ein schuldrechtlicher Vertrag.

Andererseits kann man nicht aus der Tatsache, daß der Organschaftsvertrag nicht einem gesetzlichen Typus der Schuldverhältnisse gleicht, schliessen, es sei kein schuldrechtlicher, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Vertrag in dem Sinne, daß die innere Struktur der abhängigen Gesellschaft, die sich aus Gesetz und Satzung

---

1) in Betrieb 1957, S. 837
2) in Betrieb 1956, S. 815
3) Flume in Betrieb 1955, S. 485; 1956, S. 455; 1956, S. 672
4) Hueck, Gesellschaftsrecht, § 5, I., 3. (S. 22 d. 11. Aufl.).

ergibt, verändert werde. Vielmehr steht nichts der Annahme entgegen, daß nur die AG als solche von außen durch einen, wenn auch atypischen Vertrag gebunden wird.

Die Unterscheidung zwischen dem Organschaftsvertrag als gesellschaftsrechtlichem - oder Organisationsvertrag auf der einen Seite und Betriebspacht- und -führungsvertrag auf der anderen Seite ist nicht gerechtfertigt. Alle Vertragsarten haben als gemeinsames wirtschaftliches Ziel die Eingliederung der Tochtergesellschaft in die Muttergesellschaft. Genausowenig wie der Organschaftsvertrag ist der Betriebsüberlassungsvertrag mit der Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) [1] zu erfassen [2]. Es werden wirtschaftlich gleichartige Ziele nur in rechtlich verschieden ausgestaltetem Gewande verfolgt. Daß die Vertragstypen wirtschaftlich gleich zu behandeln sind, zeigt ein Urteil des Reichsfinanzhofes [3], in dem ein Betriebspachtvertrag steuerrechtlich dem Organschaftsvertrag gleichgestellt worden ist.

Folgerichtig müßte man also auch die anderen Konzernverträge als gesellschaftsrechtliche, d.h. das Aktienrecht und die Satzung ändernde Verträge ansehen. Das ist jedoch nicht möglich, weil sonst § 256 AktG unverständlich wäre. Alle genannten Verträge binden nicht den Vorstand, sondern nur die Gesellschaft als solche. Auch Ballerstedt hat dagegen nur vorzubringen, diese Betrachtung sei zwar richtig, aber nur formal [4].

In Wahrheit jedoch lassen alle konzernrechtlichen Verträge einschließlich des Organschaftsvertrages die gesellschaftsinterne Zuständigkeitsordnung unberührt. Die Funktionen der Organe der Tochtergesellschaft (Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung) bleiben unberührt. Nur hat die AG als solche nicht mehr die Willensfreiheit einer wirtschaftlich unabhängigen Gesellschaft. Insofern

---

1) Wie es die früher vorherrschende Meinung ansah. Vgl. Ballerstedt, Kapital, Gewinn, S. 162 u. Zitate
2) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 320
3) RStBl. 1932, S. 302
4) Ballerstedt in Betrieb 1957, S. 837

geht es ihr aber nicht anders als einer natürlichen Person, die sich durch derartige Verträge bindet. Ein Einzelunternehmen, das sein gesamtes Unternehmen verpachtet, behält zwar sein Eigentum als Unternehmen, ändert aber die Art seines Unternehmens. Dennoch bleibt es Unternehmer, nur daß seine Unternehmertätigkeit sich auf die Verpachtung eines Betriebes beschränkt [1]. So kommt es ja auch vor, daß ein Unternehmen an eine Gesellschaft einer anderen Branche verpachtet wird. So hat z.B. die Württembergische Baumwollspinnerei und -weberei AG seit 1961 ihre gesamten Fabrikanlagen sowie ein Geschäftshaus für zunächst 10 Jahre an die Daimler-Benz-AG verpachtet [2], verteilt aus dem Pachterlös Dividende an ihre Aktionäre [3] und führt nur noch Bauvorhaben aus.

Ebenso kann sich ein Einzelunternehmer verpflichten, sein Geschäft von einem anderen führen zu lassen, indem er die Geschäfte zwar noch selbst abwickelt, aber nur noch nach Weisung einer anderen Firma handelt. Diese hat z.B. einen Stab von erfahrenen Fachkräften, die sich ein kleines Unternehmen nicht leisten kann, und deren Erfahrung dem kleinen Unternehmen auf diese Weise zur Verfügung steht. In diesen Fällen ist die eigene, selbstverantwortliche Tätigkeit des Unternehmers wesentlich geändert. Genau so kann es der AG als juristischen Person ergehen. Selbstverständlich ändern sich mit der Stellung der AG nach außen auch die Aufgaben des Vorstandes, seine gesellschaftsinterne Stellung bleibt jedoch davon unberührt [4].

6.34 Das rechtspolitische Ziel, die Minderheitsaktionäre zu schützen, das mit der Theorie von der gesellschaftsrechtlichen Natur des Organschaftsvertrages erstrebt wird, läßt sich sachgerechter auf andere Weise lösen. Die gesellschaftsrechtliche Theorie versucht die Lösung dadurch zu

---

1) Das neuerdings in Deutschland aufkommende Leasing-Betriebsverpachtung - Geschäft besteht auch in nichts anderem.
Zum Leasing siehe Meilicke "Leasing, Zivilrecht-Bilanzrecht-Steuerrecht" in BB 1964, S.691-694 mit Schrifttumsangaben S. 491 Anm. 1

2) s. den Bericht in der "Deutschen Zeitung" v. 6.3.64 Nr. 56

3) Für 1963 wieder 5 % + 1 % Bonus, s. DZ a.a.O.

4) Ähnlich wie hier: Hueck in Betrieb 1959, S.223-28 (223); Erlinghausen, Der Organschaftsvertrag...,1960,S. 112. Ablehnend auch Zöllner, Schranken, S.251 Anm. 123 Zartmann in AG 1964, 87-91 und 118-120

erreichen, daß sie der juristischen Person nicht die gleiche Handlungsfreiheit wie der natürlichen zubilligt. Diese Einschränkung ist jedoch nicht nötig. Das Recht erreicht die ihm gestellte Ordnungsaufgabe auch dadurch, daß es konzernrechtliche Verträge der genannten Art zwar zuläßt, aber ihre inhaltliche Ausgestaltung durch die Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs bindet. Der Mehrheitsaktionär ist kraft der Treuepflicht gehalten, in den konzernrechtlichen Verträgen die Minderheitsaktionäre so zu stellen, wie sie stehen würden, wenn der Vertrag von einem unabhängigen Vorstand mit einem fremden Unternehmen geschlossen worden wäre.

Die Begründung der Treuepflicht wird in dem folgenden Abschnitt behandelt.

In diesem Abschnitt kommt es nur darauf an zu zeigen, daß aus § 70 AktG nicht die Unzulässigkeit von Weisungen schlechthin hergeleitet werden kann, weder im Beteiligungs- noch im Vertragskonzern.

6.35 Im Zusammenhang mit der Erörterung über die Zulässigkeit von Konzernverträgen ist noch auf zwei ältere, aber bekannte Reichsgerichtsentscheidungen hinzuweisen: den rumänischen Eisenbahnfall (1883) [1] und den deutsch-amerikanischen (Standard-Oil-)Petroleumfall (1913) [2].

Im erstgenannten Fall hat die Rumänische Eisenbahn-AG zu Berlin mit der Fürstl. Rumänischen Staatsregierung einen Vertrag abgeschlossen, durch welchen die AG dem rumänischen Staate den Betrieb ihres gesamten Eisenbahnnetzes sowie die Verwaltung des gesamten Gesellschaftsvermögens gegen eine Dividendengarantie und ein Umtauschrecht in Staatsobligationen übertrug. Die Verwaltung sollte auf eine Direktion übergehen, deren Mitglieder die rumänische Regierung nach freiem Ermessen zu ernennen und zu entlassen hatte [3]. Der Klage eines Aktionärs, die Beschlüsse der Generalversammlung der AG, mit denen die Ver-

1) RG 19.2.1881, Bd. 3, S. 123 ff
2) RG 27.5.1913, Bd. 82, S. 308 ff
3) RG Bd. 3, S. 124

träge genehmigt wurden, für nichtig zu erklären, gab das RG statt. Diese Entscheidung wurde zu Unrecht [1] kritisiert [2], weil die Übertragung des Betriebs und der Verwaltung vom Reichsgericht ausdrücklich als wirksam angesehen wurden [3]. Der Vertrag und die entsprechenden Hauptversammlungsbeschlüsse wurden nur deswegen als nichtig angesehen, weil sie außerdem in die Organisation der AG eingriffen, weil der Vorstand der AG beseitigt und durch ein außergesellschaftliches Direktorium ersetzt wurde [4]. Auch heute könnte insoweit nicht anders entschieden werden [5], weil die organisationsrechtlichen Zuständigkeitsbestimmungen des AktG unabdingbar sind. Hier lag tatsächlich ein gesellschaftsrechtlicher Vertrag im Sinne Ballerstedts vor.

Als überholt ist hingegen die Entscheidung im deutsch-amerikanischen Petroleumfall anzusehen [6]. Die zum Konzern der amerikanischen Standard-Oil Co. gehörende Klägerin hatte mit der Deutschen Petroleum-Verkaufs-GmbH einen sog. Poolvertrag abgeschlossen, um den Petroleumverkauf im rechtsrheinischen Deutschland allein in ihre Hände zu nehmen. Die deutsche GmbH sollte dafür 20 % Anteil am Geschäftsergebnis erhalten.

Auf die Klage des amerikanischen Vertragspartners auf Feststellung, daß der Vertrag zu Recht bestehe, erkannte das Reichsgericht, daß der Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig sei [7].

In erster Linie beanstandete das Gericht Art. 5 des Vertrages, in dem die deutsche GmbH (Beklagte) die volle unbeschränkte Führung des Petroleumverkaufs auf die amerikanische Firma (Klägerin) übertrug. Diese sollte be-

---

1) Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl., S. 99
Friedländer, Konzernrecht, 2. Aufl. 1954, S.38-40 m. Nachw. aus dem älteren Schrifttum auf S. 39.
2) so auch Mestmäcker, Konzerngewalt, S.119/120 unter a)
3) a.a.O., S. 127 o., S. 128
4) RG a.a.O., S. 129, S. 132
5) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 119 u.
6) RG 82, S. 308 ff
7) RG 82, S. 317 o.

rechtigt sein, die Zahl der Geschäftsführer und Abteilungsleiter der Beklagten zu bestimmen, die Geschäftsführer und Abteilungsleiter sowie alle anderen Angestellten der Beklagten zu ernennen und zu entlassen. Über alle Betriebseinrichtungen, Anlagen usw., mit Ausnahme des Grundeigentums stand der Klägerin das volle Verfügungsrecht zu. Sie durfte es ändern, vermehren, und verkaufen. Von dem "Gesellschaftsausschusse" (= Aufsichtsrat) der Beklagten war gesagt, daß seine Rechten und Pflichten unberührt bleiben sollten. Soweit jedoch die Klägerin zur Ausübung der ihr im Vertrage eingeräumten Rechte die Unterstützung des Gesellschaftsausschusses oder der Mitgliederversammlung der beklagten GmbH nötig haben würde, verpflichtete sich die Beklagte, bei Vermeidung von Vertragsstrafen von 10.000,- Mk, daß die erforderlichen Beschlüsse in den beiden Organen gefaßt und daß sie ausgeführt würden.

Das Reichsgericht meint, auf Grund dieser und anderer Bestimmungen sei die beklagte GmbH "zum willenlosen Werkzeug der Klägerin erniedrigt worden". "Eine derartige Knebelung der einen Partei durch die andere, eine vollständige Unterwerfung durch den Willen des Vertragsgegners widerstreitet den in Deutschland herrschenden Sittenanschauungen" [1].

In Wirklichkeit entsprach der Inhalt dieses Vertrages einem Betriebsüberlassungs- oder Pachtvertrag nach § 581 BGB, denn auch bei der Verpachtung oder sonstigen Überlassung eines Unternehmens hat die beherrschte Gesellschaft keinen weitergehenden Einfluß als die deutsche GmbH nach dem genannten Poolvertrag. Deswegen kann man - besonders nach Anerkennung derartiger Verträge in § 256 Abs. 2 AktG - diese Entscheidung als überholt ansehen [2]. Auch Mestmäcker [3] sieht die Anwendung des § 138 BGB als verfehlt an. Damit läßt sich nicht die Möglichkeit eines

---

1) RG Bd. 82, S. 313/314
2) s. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl., S. 99
3) Konzerngewalt, S. 120 unter b) u.

Konfliktes zwischen Groß- und Kleinaktionären sachgemäß lösen [1], sondern nur auf Grund der Annahme einer Treuepflicht des Großaktionärs, die im folgenden Abschnitt untersucht wird.

---

1) In diesem Sinne auch Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 122 o.

7. Begründung des Minderheitenschutzes aus der Treuepflicht des Großaktionärs

7.1 Die Treuepflicht im Recht der Personalgesellschaften, der GmbH und der eingetragenen Genossenschaften

7.11 Die Treuepflicht im Recht der Personalgesellschaften

Außer im Arbeits- und Familienrecht ist die Treuepflicht im Gesellschaftsrecht ein Rechtsinstitut von großer Bedeutung [1]. Allgemein anerkannt ist die Treuepflicht im Recht der Personalgesellschaften [2]. Wenn sich trotzdem vielfach keine nähere Bestimmung über ihren Inhalt finden läßt oder die Angaben darüber variieren, so geht es sachlich doch immer darum, inwieweit der Gesellschafter kraft der Treuepflicht bei Gesellschaftsangelegenheiten mitwirken muß und inwieweit er bei jeglicher Mitwirkung die Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter zu verfolgen oder zu berücksichtigen hat.

Ausgangspunkt ist: Das Verhältnis der Gesellschafter wird von dem Grundsatz gegenseitiger Treue so intensiv beherrscht, daß daraus besondere Pflichten entstehen [3]. Die Mindestanforderung, die an die Treuepflicht gestellt wird, ist die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu berücksichtigen. Umstritten ist, ob sich die Treuepflicht nur auf die Interessen der Gesellschaft selbst [4] oder auch auf die Interessen der Mitgesellschafter bezieht [5]. Weiter ist streitig, ob zum Wesen der Treuepflicht nur die negative Pflicht (Unterlassungspflicht) gehört, alles zu unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft (oder der Gesellschafter)schädigt, oder ob auch die positive Pflicht

---

1) Soergel-Siebert, § 242 Anm. 46
Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 246-260; Staudinger-Geiler-Keßler, Vorbem. 32-39 vor § 705
2) Umfangreiche Nachweise bei Staudinger-Weber, § 242, Anm. A 246 und die Fußn. hierzu; s.a. Zöllner, Schranken, S. 336 Anm. 2 a)
3) s. Hueck, Recht der oHG, 3. Auflage, § 13 = S. 139
4) so Hueck in Recht der oHG, 3. Auflage, S. 139; Erman-Schulze-Wenck, § 705 Anm. 11; Oegg in RGRKomm.Anm. 4 vor § 705.
5) Schlegelberger-Geßler, 1963, § 109 HGB, Anm. 1, 2. Abs.

dazu gehört, die Interessen der Gesellschaft (Gesellschafter) wahrzunehmen [1].

In der Frage, ob sich die Treuepflicht auf die Interessen der Mitgesellschafter oder auf die der Gesellschaft bezieht, besteht insofern Einigkeit, als daß zur Treuepflicht nicht die Fürsorge der privaten Interessen der anderen Gesellschafter gehört. Es sind vielmehr immer die mitgliedschaftlichen Interessen gemeint. Deswegen ist der Gegensatz nicht allzu scharf, weil die mitgliedschaftlichen Interessen der Gesellschafter und die Interessen der Gesellschaft in den meisten Fällen gleich sind. Die Gesellschaft als Gemeinschaftsverhältnis besteht ja nicht um ihrer selbst willen, sondern dient dem Interesse aller Gesellschafter. Daraus ergibt sich, daß dem Interesse der Gesellschafter genüge getan ist, wenn jeder Gesellschafter auf das Interesse der Gesellschaft Rücksicht nimmt. Eine darüberhinausgehende Rücksichtnahme auf besondere Interessen der Mitgesellschafter braucht er i.d.R. ebensowenig zu üben, wie die Treuepflicht ihre Grenzen an der Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen findet [2].

Inhalt und Grenzen der Treuepflicht lassen sich am besten aus der Zweckförderungspflicht begreifen [3]. Diese ist allen Gesellschaften kraft Definition eigen; der Gesellschaftsvertrag ist auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet (§ 705 BGB). Die Förderung eines gemeinsamen Zwecks ist das Interesse der Gesellschaft. Die Zweckförderungspflicht bezieht sich daher in erster Linie auf die Interessen der Gesellschaft, die den gemeinsamen Zweck aller Gesellschafter repräsentiert. Ausnahmsweise kann jedoch auch dieser gemeinsame Zweck einmal erfordern, die persönlichen Interessen der einzelnen Gesellschafter zu wahren und zu berücksichtigen [4].

---

1) so z.B. ausdrücklich Hueck, Recht der oHG, 3. Auflage, S. 139, während Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 68, zur Vorsicht hinsichtlich der Annahme positiver Treuepflichten mahnt. Ebenso wie Lehmann Staudinger-Geiler-Keßler, Vorbem. 36 c zu § 705 BGB.
2) Hueck, Recht der oHG, 3. Auflage, S. 140
3) Knöpfel, Treuepflicht im Recht der GmbH, Diss. München, 1954, § 8, S. 41.
4) Schlegelberger-Geßler, 1963, § 109 HGB, Anm. 1; auch Hueck spricht (in Treuegedanke S. 15) von dem durch den Gemeinschaftszweck umfaßten Interesse der Mitbeteiligten.

Als Auswirkungen der Treuepflicht sind zu nennen:
Das Wettbewerbsverbot, das für die oHG in § 112 HGB ausdrücklich verankert ist, das Verbot, den Kredit und den Ruf der Gesellschaft zu schädigen und das Verbot, Handlungen vorzunehmen, die die Vertrauensgrundlagen zerstören [1]. Zum Verbot, die Vertrauensgrundlagen zu zerstören, gehört vorallem das Verbot, Geschäftsgeheimnisse zu verraten, Geschäftsunterlagen einem Dritten zugänglich zu machen und heimlich Provision zu empfangen [2].

7.12 Die Treuepflicht im Recht der GmbH

Die Treuepflicht wird nur für das Recht der Personalgesellschaften einhellig anerkannt. Für das Recht der Kapitalgesellschaften ist sie umstritten. Immerhin wird die Treuepflicht bei der GmbH überwiegend, insbesondere auch in der Rechtsprechung des RG und des BGH bejaht [3].

7.13 Die Treuepflicht im Recht der Genossenschaften wird heute ebenfalls allgemein anerkannt [4].

---

1) Knöpfel, Diss., § 18
2) Zu allem Staudinger-Weber, § 242, Anm. A 258
3) BGH 1.4.53, Ausschließung eines Gesellschafters aus GmbH, Bd. 9, S. 157 ff (163), Schilling in Hachenberg, GmbHGes., Allg.Einl., Anm. 4; Baumbach-Hueck, GmbHGes. Anm. 2) B. vor § 13; Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1959, S. 300; Staudinger-Weber, § 242, Anm. A 258 m. weit. Nachw.; Schmidt, "Die gegenseitige Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter", in GmbH-Rundschau 1960, S. 137-141; Ballerstedt, Kapital usw., S. 181 ff.
Ablehnend:
Winterfeld in NJW 1949, S. 88; Vogel, GmbHGes. § 3 Anm. 12 Abs. 3;
Treuepflicht nur bei individualistischer GmbH:
Haupt in Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 113; Eichler, "Die Rechtslehre vom Vertrauen", 1950, S. 113.
4) Lang-Weitmüller, GenossenschaftsG, 27. Aufl. 1959, § 18, Anm. 1; Paulick, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, 1956, S. 198 ff.; ders., Die eingetragene Genossenschaft, 1954, S. 124; Meyer-Meulenbergh, GenossenschaftsGes., 9. Aufl., 1963, § 18 Anm. 9; Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1959, S. 315; OLG Hamburg 3.4.51 in BB 1951, 430.

7.2 Die Treuepflicht im Aktienrecht

Viel erörtert und umstritten ist die Treuepflicht im Aktienrecht.

Bevor der Stand der Meinungen hierzu aufgezeigt wird, ist es angebracht, sich alle in Frage kommenden Treuepflichten im Aktienrecht zu vergegenwärtigen. Es ist

1. die Treuepflicht des Aktionärs zur AG als Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der AG,
2. die Treuepflicht der AG zum Aktionär als Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Aktionärs,
3. des Aktionärs zu den Mitaktionären,
4. der Organe (Vorstand und Aufsichtsrat) zur AG und
5. der Organe (Vorstand und Aufsichtsrat) zu den Aktionären.

Zunächst interessieren hier nur die Treuepflicht der Aktionäre zur AG und untereinander.

Wie in Kürze vorausgeschickt werden kann, wird eine Treuepflicht der Verwaltungsorgane der AG zur AG heute allgemein bejaht.

Des weiteren kann vorausgeschickt werden, daß eine Treuepflicht der Organe zu den Aktionären ausgeschlossen ist, da die Organe nach der gesetzlichen Regelung nur in Rechtsbeziehung zur AG, nicht aber zu den Aktionären stehen [1].

7.21 Die Entwicklung des Treuepflichtgedankens im Aktienrecht bis RG 146, 71 und 146, 385.

In den Jahren vor 1933 wurde eine Treuepflicht für das Aktienrecht erstmalig, und zwar meistens im Zusammenhang mit der Generalklausel, erwähnt [2], stieß jedoch auf heftigen Widerstand [3]. Die Diskussion um die Treuepflicht wurde seinerzeit in engem Zusammenhang mit der Auseinander-

1) Näheres s. u. Abschnitt 7.41
2) Lifschütz, Die Generalklausel im Aktienrecht, 1931, S. 52; Wieland, Handelsrecht, II. Bd., 1931, § 113, S. 49; Netter, Probleme des lebenden Aktienrechts, 1929, S. 45 vor 4.; ders., Zentralbl. f. Handelsrecht, 1929, S. 161 ff (165); ders. in JW 1931, S.3030 ff (3033).
3) insbesondere Haußmann in Bankarchiv, 30. Jahrgang, (1930/31), S. 57 ff (58); ders. in Bankarchiv, 31.Jahrgang (1931/32), S. 467 ff (471); Staub-Pinner, HGB, 14. Auflage 1933, § 178, Anm. 23, 2. Abs.

setzung über das "Unternehmen an sich" geführt [1]. Die auf Rathenau [2] zurückgehende und insbesondere von Haußmann bekämpfte [3] Lehre vom "Unternehmen an sich" ist heute aber nicht mehr aktuell. Sie sollte dem Schutz des Unternehmens an sich gegenüber der Mehrheit in der Generalversammlung dienen [4].

Die Theorie des Unternehmens an sich ist für die Erörterung der Treuepflicht heutzutage entbehrlich, so daß ein näheres Eingehen auf sie nicht erforderlich ist.

Nach 1933 wurde der Treuepflichtgedanke immer häufiger erörtert und erfuhr eine Aufwertung im Rahmen der Hinwendung zum Gemeinschaftsgedanken im damaligen Rechtsdenken[5]. Schließlich wurde er vom Reichsgericht in zwei Entscheidungen aufgegriffen [6], die beide noch zum alten Aktienrecht des HGB ergingen.

In der ersten Entscheidung wurde das Stimmrechtsverbot von Aktionären, die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sind [7], bei Bestellung von Sonderprüfern (§ 266 Abs. 1 S. 2 HGB a.F. = wörtlich der jetzige § 118 Abs. 1 S. 2 AktG) auf Aktien ausgedehnt, welche einer oHG gehören, de-

---

1) vgl. das in den vorhergehenden Anm. angeführte Schrifttum. Eine Schilderung aus der heutigen Sicht findet sich bei Wiethölter, Interessen und Organisation der AG, S. 38-42.
2) "Vom Aktienwesen" 1918
3) "Vom Aktienwesen und Aktienrecht", 1928. Einen umfassenden Überblick bietet die eingehende Untersuchung von Netter, "zur aktienrechtlichen Theorie des 'Unternehmens an sich'" in Festgabe für Albert Pinner, 1932, S. 507-612.
4) So die Darstellung bei Haußmann, a.a.O., S. 27. Die jüngste ausführliche Stellungnahme findet sich bei Zöllner, Schranken, § 8 = S. 67-79 (m. Nachweis.) S. 67 Anm. 1, der mit Recht feststellt (S. 78 unter IV), daß ein Schutz des Unternehmens um seiner selbst willen sinnlos wäre, und daß sich dahinter immer nur alle möglichen anderen Interessen (der Verwaltung, der Gläubiger, der Arbeitnehmer, des Gemeinwohls) verbergen können.
5) Ritter, Gleichmäßige Behandlung der Aktionäre, in JW 1934, S. 3025 ff (3029); Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. 1934, Einl. vor § 178, Anm. 79 (=S.106); Heymann in Festgabe für Wieland, Basel, 1934, S. 221-240; Heyl zu Hermsheim, Treuebegriff im Gesellschaftsrecht, in Deutsches Recht 1934, S. 534, re Sp.
6) RG 4.12.34, Bd.146,S.71 ff (76); RG 21.1.35, Bd. 146, S. 385 ff (394)
7) RG Bd. 146, S. 117

ren Teilhaber Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats sind. Zur Begründung führt das Reichsgericht aus [1], daß das Stimmrechtsverbot auf dem Gemeinschaftsgedanken beruhe. Es solle das Treueverhältnis der einzelnen Mitglieder einer Gemeinschaft gegenüber dieser betont und zur Richtschnur für das Handeln des Einzelmitglieds gemacht und demgemäß dafür Vorsorge getroffen werden, daß die Organe der AG ihre Maßnahmen ausschließlich im Interesse und zum Gedeihen der Gemeinschaft träfen und daran nicht durch eigensüchtige Belange gehindert würden. Mit Rücksicht auf das Treueverhältnis sei die Ausdehnung des Stimmverbots geboten.

In der zweiten Entscheidung [2] wird das Recht auf Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht beschränkt. In diesem Zusammenhang heißt es: "Der Aktionär habe sich bei allen seinen Maßnahmen als Glied der Gemeinschaft zu fühlen, der er angehöre, und ist gehalten, die Treuepflicht gegenüber dieser Gemeinschaft zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen". Diese Formulierung wird heute sogar für Personalgesellschaften als zu überspitzt und weitgehend empfunden [3].

Beiden Entscheidungen ist gemeinsam, daß sie einmal das hier zu behandelnde Problem der Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs gegenüber den Minderheitsaktionären nicht behandeln. Aber auch für die Annahme einer Treuepflicht überhaupt sind sie nicht sehr ergiebig. Beide Entscheidungen werden nicht von der Treuepflicht getragen. In der ersten Entscheidung hat die Erwähnung der Treuepflicht nur den Charakter eines obiter dictum; sie erklärt nur den Zweck eines gesetzlich ohnehin bestehenden Stimmrechtsverbots.

---

1) RG Bd. 146, S. 76
2) RG 146, S. 395
3) Staudinger-Geiler-Keßler, Vorbem. 36 a vor § 705

In der zweiten Entscheidung kann man nur auf Grund des allgemeinen, mit allen Rechten verbundenen, aus § 242 BGB abzuleitenden Verbots des Rechtsmißbrauchs zum gleichen Ziele gelangen [1]. Um dem Aktionär zu verbieten, ein Recht zu dem Zwecke auszuüben, "um selbstsüchtig der Gesellschaft seinen Willen erpresserisch aufzuzwingen" [2], bedarf es keiner Annahme einer Treuepflicht, deren Sinn es doch nur sein kann, außer den allgemeinen, für jedermann geltenden Pflichten besondere zu begründen. Das beweist auch eine neuere Entscheidung des BGH [3], in der dieselben Rechtsgrundsätze für das Anfechtungsrecht der genannten Reichsgerichtsentscheidung entnommen werden, ohne daß von einer Treuepflicht gesprochen wird.

In einer weiteren Entscheidung [4] bestätigt das RG seine beiden früheren Entscheidungen, in denen eine Treuepflicht des Aktionärs nur zur AG angenommen wird. Dann fährt es jedoch fort, daß sich daraus nichts für die Annahme einer Treuepflicht der Aktionäre untereinander ergebe. Es läßt diese Frage offen, führt aber, auch unter dem Eindruck des neuen Aktiengesetzes (§ 101) - die Entscheidung ergeht noch zum alten Aktienrecht - aus, daß, wollte man eine Treuepflicht der Aktionäre untereinander annehmen, eine Schadensersatzpflicht nur für vorsätzliche Schädigung anerkannt werden könne [5].

7.22 Auswirkungen der Rechtsprechung auf das Schrifttum vor 1945

Die Entscheidungen des Reichsgerichts führten zu einer verbreiteten Diskussion über die Treuepflicht des Aktionärs [6]. Auch fand der Treuepflichtgedanke Eingang in

---

1) Hueck, Der Treuegedanke, Anm. 46 (im Anh.)
2) so das RG 146, S. 395
3) BGH 1.3.62 in BB 1962, S. 426
4) vom 21.9.1938, RG Bd. 158, S. 248 (254)
5) Im Urteil des RG v. 17.6.38 in DR 1940, S. 244, heißt es, daß eine Abstimmungsvereinbarung mit der Treuepflicht der Aktionäre zur Gesellschaft unvereinbar sei.
6) Insbesondere Dorpalen, Die Treuepflicht des Aktionärs, in ZHR Bd. 102, (1936), S. 1-32; Bergmann, Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen, in ZHR 105 (1938), S. 1-43 (9 u. 11); Siebert, Anm. z. Urt. 146,385 in JW 1935, S. 1550; ders. in Deutsche Rechtswissenschaft, 1. Bd. 1936, S. 259; Clasen, Die Treuepflicht des Aktionärs in ZAkDR 1937, S. 490 ff.

die Lehrbücher und Kommentare zum neuen AktG [1].

Eine zusammenfassende und kritische Untersuchung brachte Fechner [2], bei dem sich auch eine Zusammenstellung der seit 1933 veröffentlichten Ansichten findet [3].

Fechner wendet sich gegen alle bis dahin entwickelten Begründungen einer Treuepflicht [4], einschließlich der des Reichsgerichts [5], gegen die er vorbringt, dem Kreise der Aktionäre fehle das von dem RG zugrunde gelegte Gemeinschaftsverhältnis [6]. Er lehnt im Verhältnis zur AG als juristischer Person die Treuepflicht ab [7], weil man Treue nur einer natürlichen, nicht einer juristischen Person schulden könne [8]. Anstelle einer Treuepflicht zur AG setzt er eine Treuepflicht zum Unternehmen. Der Aktionär gehöre zum Unternehmen [9], das personenrechtlich als eine Gruppe von Menschen zu verstehen sei [10]. Infolge der Rechtsmacht über den in dem Unternehmen zusammengeschlossenen Personenverband [11], über eine personenrechtliche Ordnung, entstehe aus sich heraus eine Treuepflicht im strengen Sinne des Wortes [12]. Die Annahme einer Treuepflicht zum Unternehmen ist noch als Nachwirkung zur Theorie des "Unternehmens an sich" zu verstehen. Ein näheres Eingehen auf die früher von Fechner vertretene Theorie der Treuepflicht zum Unternehmen erübrigt sich, weil Fechner selbst im Feldmühle-Gutachten für Krages [13] erwähnt, daß eine

---

1) Baumbach, Komm., 6. Auflage, Einf. 2 vor § 68, Ritter, Komm., Vorbem. unter 4); Großkomm.AktG Weipert (1. Aufl. 1939), § 197 Anm. 13; Schlegelberger-Quassowski[3] (1939), § 1 Anm. 5; Teichmann-Köhler[2], (1939), § 48 Anm.5; Godin-Wilhelmi, 1. Aufl. 1937, § 1 Anm. 2; Haupt, Gesellschaftsrecht[2] (1952), S. 101; Würdinger, Recht der Kapitalgesellschaften (1943), S. 13.
2) Die Treuebindung des Aktionärs, Weimar 1942
3) a.a.O., Anm. 1 auf S. 37, 38
4) a.a.O., Anm. 1, S. 39-61
5) a.a.O., S. 53/54
6) a.a.O., S. 54
7) a.a.O., S. 105
8) a.a.O., S. 24, 81
9) a.a.O., S. 70
10) a.a.O., S. 67
11) a.a.O., S. 76
12) a.a.O., S. 77
13) Fechner/Schneider, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, 1960, S. 7

Treuepflicht der Aktionäre zur AG nicht auszuschließen sei. Auch im übrigen wird diese Theorie nicht weiter vertreten.

Fechner lehnt eine die Aktionäre untereinander bindende Treuepflicht ab [1], weil ein besonderes personenrechtliches Element, das der Treuepflicht wesentlich sei, fehle[2]. Vielmehr werde das Verhältnis der Aktionäre untereinander und zur AG lediglich von dem Grundsatz von Treu und Glauben [3] beherrscht, der sich in dem Verhältnis des Aktionäre untereinander in dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung konkretisiere [4]. Trotz Ablehnung einer Treuepflicht der Aktionäre zur AG und untereinander bejaht Fechner jedoch eine aus Treu und Glauben abzuleitende Treuebindung [5], die dadurch gekennzeichnet ist, daß sie nicht zu positivem Handeln verpflichtet [6]. Begründet wird diese Treuebindung mit der durch den Aktienbesitz bedingten Zugehörigkeit zur Körperschaft, die zugleich das dem aktienrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnis eigentümliche Band verkörpert, das die Aktionäre untereinander verbindet.

7.23 Der heutige Stand der Meinungen

7.231 Mit Fechners Untersuchungen war die Diskussion um die aktienrechtliche Treuepflicht vor 1945 abgeschlossen.

In der Nachkriegszeit machte sich ein gewisser Wandel bemerkbar. Unter dem Eindruck der Schrift von Hueck [7] wurde eine Treuepflicht im Aktienrecht zunächst entweder abgelehnt oder zumindest sehr zurückhaltend behandelt [8].

---

1) Treuebindung, S. 103
2) Treuebindung, S. 105
3) Treuebindung, S. 87, 88
4) Treuebindung, S. 92 - 94
5) a.a.O., S. 88 u.
6) a.a.O., S. 91
7) Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, Heft 7 der Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, S. 14
8) Ablehnend: Godin-Wilhelmi, 2. Aufl. 1950, § 1 Anm. 2 vorl. Abs. (auf S. 5); Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. z.AktG, 2. Aufl. 1961, Anm. 8 b, während Schilling im selben Großkomm.AktG, § 197 Anm. 13 a, eine Gesellschaftstreue" anerkennt, und ders. in JZ 53, S. 489 ff (492) eine Treuepflicht nicht gänzlich ausschließen will. Küster, Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter...., Berlin 1954, S. 65; Baumbach-Hueck, AktG, Überblick vor § 48 Anm. 2 B.; Würdinger, Aktienrecht, S. 13, 45.

Nach Hueck sollte eine Treuepflicht nur beim Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses angenommen werden [1]. Enge persönliche Beziehungen, ein die Personen selbst ergreifendes, also ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis seien die Voraussetzungen [2], die bei einer AG nicht vorlägen [3].

Gierke wendet sich in einer Besprechung [4] gegen Hueck, indem er u.a. auch die personenrechtliche Seite der AG hervorhebt. Fechner bleibt in seiner Besprechung [5] von Huecks Aufsatz bei seiner Meinung, daß eine Treuepflicht des Aktionärs bestehe, wenn er in die Geschicke der AG eingreift. Eichler [6], der die Treuepflicht nur auf der Grundlage eines Vertrauensverhältnisses entstehen läßt, lehnt wegen des fehlenden Vertrauensverhältnisses eine Treuepflicht der Aktionäre sowohl im Verhältnis zur AG als auch zu den Mitaktionären ab.

7.232 Überblickt man den Stand der Meinungen in der Gegenwart, so ergibt sich folgendes Bild:

Der BGH spricht weiterhin wie das RG von einer Treuepflicht der Aktionäre zur AG [7], hat allerdings noch keine Entscheidung gefällt, in der die Treuepflicht von ausschlaggebender Bedeutung ist. So setzt der BGH in einigen Entscheidungen eine Treuepflicht voraus, indem er ausführt, die Treuepflicht des Aktionärs verpflichte ihn nicht, Rechte, die gesetzlich befristet sind, alsbald geltend zu machen [8].

---

1) a.a.O., S. 5
2) a.a.O., S. 12
3) a.a.O., S. 15
4) in ZHR Bd. 111 (1948), S. 190-199 (197-199)
5) in Deutsche Rechtszeitung, 1949, S. 94, 95 (95)
6) Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 64
7) BGH 27.10.51, in NJW 51, 98 (99 li.Sp.)
   BGH 1.4.53, Bd. 9, S. 157 ff (163)
   BGH 27.10.55, Bd. 18, S. 350 (365)
8) Urt. v. 27.10.51, NJW 51, S. 98 f (99 li. Sp.o.)
   LM Nr. 1 zu § 197 AktG = BB 1952, 10.

In einer weiteren Entscheidung sagt der BGH [1], daß die Treuepflicht der Gesellschafter einer GmbH größer und stärker als die Treuepflicht der Aktinäre sei, da die Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft enger als bei der AG seien.

Des weiteren hat der BGH jedoch ausgesprochen, daß zwischen den Aktionären keine rechtlichen Beziehungen persönlicher Art bestünden, die die Grundlage für die Ausschließung eines Aktionärs geben könnten [2]. In einer weiteren Entscheidung erwähnt der BGH, daß für die Ausschließung des Aktionärs aus der AG aus wichtigem Grunde kein Bedürfnis bestehe [3].

Das Schrifttum ist in seiner Meinung gespalten. Von einer Treuepflicht im Aktienrecht sprechen ausdrücklich Gierke [4], Lehmann [5] und Reinhardt [6] sowie Weipert [7]. Abgelehnt wird die Treuepflicht insbesondere von Hueck [8], Schmidt-Meyer-Landrut [9], Würdinger [10] und Schumann [11]. Es fällt jedoch auf, daß in neueren Einzeluntersuchungen eine Treuepflicht für das Aktienrecht angenommen wird [12].

7.233 Man muß sich jedoch darüber klar sein, daß diese Aufzählung nicht sehr aufschlußreich ist, weil es sich z.T., wie man allgemein auch anerkennt, um einen "Streit um Worte" [13] handelt, dem man sich heute z.T. dadurch ent-

---

1) BGH 9.6.54, Bd. 14, S. 25 ff (38)
2) Urt. v. 27.10.55, Bd. 18, S. 350 ff (365)
3) Urt. v. 1.4.53, Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters, Bd. 9, S. 157 ff (163)
4) Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958, § 44 III = S. 333, 339
5) Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1959, § 40 III, 2. (= S. 262-264).
6) in Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 1952, S. 129,134
7) in RGRKomm.z.HGB, II. Bd., 2. Aufl. 1950, § 105, Anm. 31/137
8) Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 1959, § 27 IV = S. 157; Baumbach-Hueck, AktG, 11. Aufl.1961,Überbl. 2)B vor § 68
9) in Großkomm.AktG, 2.Aufl.I.Bd.1963, § 1 Anm. 8 b
10) AktRecht, S. 47
11) Handelsrecht, Bd. I (ohne Jahresangabe), S. 327
12) Mestmäcker, Konzerngewalt, (1958), S.348-351; Wüst, Die Interessengemeinschaft....(1958), S.62/63; Zöllner, Schranken (1963), § 30 =S. 335 ff (344 ff, 349 ff).
13) Fechner in Deutsche Rechtszeitung 1949, S. 94 (Besprechung von Hueck, Treuegedanke...).

zieht, daß man von Treuebindungen spricht [1]. Wichtiger als die terminologischen Differenzen sind jedoch die sachlichen Unterschiede. Bei diesen muß man zwischen den Pflichten der Aktionäre zur AG und untereinander unterscheiden. Dann läßt sich folgendes feststellen:

7.234 Es besteht kein Zweifel, daß der Aktionär im Verhältnis zur AG bestimmten Bindungen unterworfen ist. Vor allem [2] wird anerkannt, daß diese ihre Grundlage in Treu und Glauben (§ 242 BGB) finden. Auch über den Inhalt dieser Bindung besteht Klarheit. Er besteht darin, daß der Aktionär bei allen seinen Handlungen und bei Ausübung seiner Rechte die Interessen der Gesellschaft berücksichtigen muß. Streit besteht nur darüber, ob die Rücksichtnahme so weit geht, daß man von einer Treuepflicht sprechen kann.

7.235 Echte sachliche Differenzen bestehen jedoch in der Frage, ob eine Treuepflicht der Aktionäre untereinander besteht. Die sachlichen Differenzen bestehen deswegen, weil es höchst problematisch ist, ob zwischen den Aktionären überhaupt Rechtsbeziehungen bestehen. Das wird wegen des Charakters der AG als juristische Person weitgehend verneint. Geht man davon aus, daß nur mitgliedschaftliche Beziehungen zwischen der AG und ihren Mitgliedern, den Aktionären, bestehen, dann muß man eine auf § 242 BGB beruhende Bindung der Aktionäre untereinander ausschließen. Dann kommt man zum Ergebnis, daß die Aktionäre bei allen ihren Handlungen nur das Interesse der Gesellschaft, aber nicht das der Mitaktionäre berücksichtigen müssen. Diese Frage kann man als Kernfrage der gesamten Auseinandersetzungen betrachten. Die verschiedenen Meinungen zu dieser Frage sollen an dieser Stelle noch nicht aufgeführt werden. Sie ergeben sich aus den Erörterungen unter Abschnitt 7.4.

---

1) Zöllner, Schranken, S. 337
2) s. die vorhergehenden Anmerkungen

7.3 Begründung der Treuepflicht des Großaktionärs zur Gesellschaft

7.31 Die Bindungen der Aktionäre zur AG im allgemeinen.

7.311 Dogmatische Schwierigkeiten, eine Treuepflicht des Aktionärs zur AG anzunehmen, bestehen nicht. Wie die Übersicht über den Stand der Meinungen gezeigt hat, besteht auch der Sache nach Einigkeit darüber, daß der Aktionär im Verhältnis zur AG gewissen, aus § 242 BGB herzuleitenden Bindungen unterworfen ist, kraft deren er verpflichtet ist, das Wohl der Gesellschaft zu berücksichtigen.

Fraglich ist nur, wie intensiv diese Bindungen sind und ob sie so intensiv sind, daß sie als Treuepflicht bezeichnet werden können.

7.312 Ein häufiges Argument, mit der die Bezeichnung als Treuepflicht abgelehnt wird, liegt in der Behauptung, von einer Treuepflicht könne man nur sprechen [1], wenn dem Treuepflichtigen eine Pflicht zum positiven Handeln auferlegt sei. Beim Aktionär kämen jedoch nur Unterlassungspflichten in Betracht. Deswegen spricht man auch von einer bloßen Treuebindung des Aktionärs [2] oder unterscheidet zwischen Treuepflichten im weiteren Sinne, wozu auch die Unterlassungs- und die bloßen Rücksichtspflichten zählen und den Treuepflichten im engeren Sinne, worunter nur die Handlungspflichten fallen [3].
Eine derartige Differenzierung nach den genannten Gesichtspunkten ist nicht gerechtfertigt. Sie widerspricht dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch. Nach diesem ist das einzige Wesensmerkmal einer "Pflicht", daß ihr auf der anderen Seite, nämlich der des Gläubigers, ein "Recht" gegenübersteht. Man spricht deswegen auch von einer Unterlassungspflicht. Im BGB selbst wird in § 241

---

1) insbes. Hueck, AktG Anm. 2) B vor § 48
so auch Fechner, Treuebindungen, S. 58
2) Zöllner, Schranken, S. 337, vgl. Fechner, Die Treuebindungen des Aktionärs (Titel); Clausing in Festschrift f. Schlegelberger, S. 405 ff (410/411) und 424.
3) Esser, Schuldrecht, § 33,2. = S. 109.

dem positiven Handeln das Unterlassen gleichgestellt, indem dort bestimmt wird, "die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen" (§ 241 S. 2).

Entscheidend ist auch, daß bei Verletzung einer positiven wie einer Unterlassungspflicht die Rechtsfolgen gleich sind (in erster Linie Schadensersatz wegen positiver Forderungsverletzung).

Auch im Recht der Personalgesellschaften, wo die Treuepflicht von einem Gesellschafter auch in der Pflicht zu positivem Handeln bestehen kann, überwiegen praktisch die Unterlassungspflichten. Insbesondere für Kommanditisten und nicht aktiv an der Geschäftsführung beteiligte Gesellschafter einer oHG kommt eine positive Handlungspflicht nur ausnahmsweise in Betracht. Wenn man trotzdem einheitlich von Treuepflichten spricht, besteht kein Grund, für reine Unterlassungspflichten von dieser Bezeichnung abzuweichen.

In diesem im übrigen nur terminologischen Streit wird hier also so Stellung genommen, daß auch dann von Treuepflichten der Aktionäre gesprochen wird, wenn sich daraus bloße Unterlassungspflichten ergeben.

7.313 Der abgelehnten Argumentation liegt dennoch ein richtiger Kern zugrunde, der darin zu sehen ist, daß man nicht bei jeder aus § 242 ableitbaren Verpflichtung von Treuepflicht sprechen sollte, weil das zu einer Verwässerung des Begriffs führen würde. Es sollen nur Pflichten, die über den Rahmen dessen hinausgehen, was § 242 BGB für jedes Schuldverhältnis fordert, als Treuepflichten bezeichnet werden.

Entscheidend für die Annahme einer Treuepflicht muß also sein, ob sie eine intensivere Verpflichtung als der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB zum Inhalt hat. Versteht man unter Treuepflicht die Pflicht, bei jeder Handlung die Interessen eines anderen zu berücksichtigen, dann ist bereits der allgemeine Rahmen des § 242 BGB überschritten.

Ein gewöhnliches Schuldverhältnis verpflichtet die Vertragspartner nicht zu einer so weitgehenden Rücksichtnahme, sondern erlaubt grundsätzlich die egoistische Verfolgung eigener Interessen auf Kosten des Vertragspartners [1].

Mit Lehmann [2] kann man drei Gruppen von Schuldverhältnissen unterscheiden, bei denen der Treuegedanke verschieden stark ausgeprägt ist, je nach dem sie auf Abwägung und Ausgleich eines Interessengegensatzes gerichtet sind (z.B. Kauf, Miete) oder auf eine fremdnützige Betätigung (Geschäftsbesorgung, Treuhand) oder endlich auf ein Zusammenwirken (Gesellschaft, Arbeitsverhältnis, Familienrechtliches Gemeinschaftsverhältnis). Bei der ersten Gruppe beschränken sich im allgemeinen die Anforderungen aus dem Treuegedanken auf das Gebot billiger Rücksichtnahme auf die Belange des anderen Teils und das Festhalten an dem gegebenen Wort.

Eine gesteigerte Treuepflicht i.S. tätiger Wahrnehmung oder Berücksichtigung der Belange des anderen Teils wird man daher nur bei den letzten Gruppen anerkennen können [3].

Von einer Treuepflicht spricht man also immer auch dann, wenn jemand eine fremdnützige Tätigkeit ausübt, wenn er also für fremde Rechnung tätig wird. Das sprechen für den Auftrag und die Geschäftsbesorgung insbesondere Larenz [4] und Esser [5] aus, wobei von Larenz der Vertrauensgedanke herangezogen wird. Die Erteilung des Auftrags geschieht i.d.R. auf Grund besonderen persönlichen Vertrauens, und der Auftraggeber vertraut dem Beauftragten seine Angelegenheiten an. Dementsprechend wird auch von der heute herrschenden Lehre angenommen, daß der Vor-

---

1) Staudinger-Weber § 242, A 268, unter Hinweis auf RG 131/177 (U. v. 15.1.1931), 160/357 (U. v. 24.3.1939) und A. Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht § 3 III, 2 siehe auch RG 138/373 (376) (U. v. 1.12.1932)

2) in Enneccerus-Lehmann, § 4 II, S. 18 im Anschluß an Beyerle, Die Treuhand im dtsch. Privatrecht, 1932

3) nach Lehmann a.a.O., S. 18; weitergehend Esser, der alle auf § 242 beruhenden Pflichten als Treuepflichten bezeichnet: § 33 = S. 108 (Überschrift) sowie § 33, 2. = S. 109. Esser ist deshalb gezwungen, wegen des Verbrauchs der Bezeichnung Treuepflicht bei fremdnützigen Tätigkeiten von Treuhandpflichten zu sprechen: S. 67, 618

stand einer AG eine Treupflicht trifft, die weiterreicht als die allgemein aus § 242 BGB folgenden Pflichten [1]. Auch dieser wird fremdnützig (für die AG) tätig, ihm werden die Angelegenheiten der AG anvertraut und er ist Geschäftsbesorger i.S. von § 675 BGB, seine Stellung ist "treuhänderisch strukturiert", er handelt für fremde Rechnung.

7.314 Untersucht man diese heute überwiegend verwendete Terminologie auf die Bindung des Aktionärs zur AG, dann läßt sich folgendes feststellen: Richtig ist, daß der gewöhnliche, passive Aktionär nur den gewöhnlichen Bindungen des § 242 BGB unterworfen ist. Insbesondere die Ausübung des Anfechtungsrechtes gegen Hauptversammlungsbeschlüsse ist nur von Treu und Glauben in der Weise beherrscht, daß die Anfechtung nicht rechtsmißbräuchlich erfolgen darf.

Auch die dem Auskunftsrecht des Aktionärs (§112 AktG) gesetzte Grenze braucht nicht aus der Treuepflicht abgeleitet zu werden. Vielmehr genügt es auch hier, das aus § 242 BGB abzuleitende Verbot des Rechtsmißbrauchs heranzuziehen [2].

Der gewöhnliche Aktionär bildet als solcher kein Organ der AG, sondern er wird organisatorisch nur über die Hauptversammlung erfaßt. An den der Hauptversammlung zugewiesenen Funktionen ist er über sein Stimmrecht beteiligt. Hierin erschöpft sich die rechtlich vorgesehene Einflußmöglichkeit. Daran knüpft das Gesetz Rechte und Pflichten der Aktionäre. Diese sind aber wegen des z.B. im Vergleich zu den Personalgesellschaften geringfügigen Ausmaßes nicht intensiv genug, um daraus eine Treuepflicht

---

4) Larenz II, § 52 II = S. 197
5) Esser, § 21, 2. = S. 67; § 15, 5. = S. 52/53; § 33,2. und § 179, 5. = S. 618.

---

1) h.M. s. Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 214; Baumbach-Hueck, AktG, 11. § 70 Anm. 3; Schilling in Großkomm. AktG, § 84 Anm. 11
2) so neuestens Deuß, Das Auskunftsrecht des Aktionärs, 1962, 382 S., § 7 b) = S. 109-117, insbes. S. 110/11; s. BGH, 7.4.60, Bd. 32, 159 ff.; Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 112, Anm. 3, Abschn. e)

abzuleiten. Vielmehr ist der herrschenden Lehre zuzugeben, daß Stimmrechts- und Anfechtungsbeschränkungen von § 242 BGB erfaßt werden können, wonach kein Recht mißbraucht werden darf. Das alles gilt jedoch nur für den gewöhnlichen Aktionär, der gar nicht die Möglichkeit hat, einen größeren als gesetzlich vorgesehenen Einfluß auf die AG auszuüben.

7.32 Die Bindung des Großaktionärs im besonderen

7.321 Die Stellung des Großaktionärs kann sich wesentlich von der des Kleinaktionärs unterscheiden.

Der Großaktionär, der sich auf die Wahrung der gesetzlich für den Aktionär vorgesehenen Funktionen beschränkt, unterliegt keinen weitergehenden Bindungen als jeder andere Aktionär. Die wichtigste gesetzliche Funktion besteht in der Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung als einem Kollegialorgan der AG. In diesem Rahmen gehört insbesondere auch die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder zu den gesetzlichen Funktionen der Aktionäre. Läßt sich ein Großaktionär selbst in den Aufsichtsrat wählen, treffen ihn die Pflichten des Aufsichtsrats ipse iure. Damit wäre der Großaktionär zur Treue gegenüber der Gesellschaft verpflichtet. Auch der bestimmende Einfluß über den Aufsichtsrat auf die Besetzung des Vorstandes liegt noch im Rahmen der den Aktionären zustehenden Rechte und Pflichten.

Beschränkt sich also der Großaktionär nur auf die Auswahl des Vorstandes, überläßt er diesem im übrigen frei und unabhängig die Geschäftsführung, treffen ihn keine weiteren besonderen Pflichten.

Die Tatsache allein, daß jemand mehr als 50 % des Aktienkapitals besitzt, ist also nicht ausschlaggebend [1].

7.322 Eine andere Beurteilung ergibt sich, wenn der Großaktionär über seine ihm gesetzlich zugewiesene Aufgaben hinaus tätig wird und aktiv in die Geschäftsführung eingreift. Die Geschäftsführung in einer AG obliegt nicht der Hauptversammlung. Dafür ist ein anderes Organ, nämlich der Vorstand zuständig. Wenn der Großaktionär in die allein dem Vorstand zustehende Geschäftsführung eingreift, übt er Organfunk-

1) s. auch Haußmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, 1928, S. 19

tionen aus, die ihm nach der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung nicht zustehen. Dann ist der Großaktionär nicht mehr bloßer Kapitalaktionär, sondern er wird durch die Übernahme von Unternehmerfunktionen zum "Unternehmeraktionär" [1]. Als Unternehmeraktionär tritt in erster Linie das Unternehmen auf, das die Konzernspitze bildet. Es kann auch ein anderes Konzernunternehmen sein. Unternehmeraktionär ist insbesondere ein Aktionär, der die AG seinem eigenen oder einem von ihm beherrschten oder einen ihm selbst beherrschenden Unternehmen eingliedert, womit immer eine Konzernbildung i. S. des § 15 AktG verbunden ist. Unternehmeraktionär ist also derjenige Aktionär, der die Geschäftsführung leitet oder maßgeblich beeinflußt. Das Wesen der Geschäftsführung besteht in der unmittelbar auf die Verfolgung des Geschäftszwecks gerichteten Tätigkeit [2]. Auch der Abschluß eines Konzernvertrages ist ein zur Geschäftsführung gehörendes Rechtsgeschäft, das allerdings wegen seiner einschneidenden Bedeutung für die AG in den meisten Fällen von der Hauptversammlung genehmigt werden muß.

Der Unternehmeraktionär ist dadurch gekennzeichnet, daß er die Rechte eines Organs im abstrakten Sinne (nämlich des Vorstandes) wahrnimmt, ohne Organverwalter [3] (also Vorstandsmitglied)zu sein.

---

1) Dieser Ausdruck stammt von Haußmann (er selbst in Bankarchiv, 30. Jahrgang (1930/31), S. 57 ff (61 li. Sp.)) und wird auch von Fechner, Treuebindungen, S. 72, verwendet.
Haußmann selbst (Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, 1928, S. 19/20) charakterisiert ihn folgendermaßen: "Nicht die Tatsache, daß jemand prozentual über mehr als 50 % der Aktien.... erwirbt, ist ... das charakteristische, vielmehr, daß dieser Aktionär auf das Unternehmen selbst einen maßgeblichen Einfluß gewinnt, d.h. daß er das Unternehmen beherrscht. Beherrschen in dem dargelegten Sinne bedeutet also, daß dieser Großaktionär einen unmittelbaren Einfluß auf die Geschäftsführung auszuüben beabsichtigt, wie wenn ihm das ganze Unternehmen gehörte, d.h. der Großaktionär wird durch die Beherrschung selbst zum Unternehmer".

2) Für die Personalgesellschaften vgl. Hueck, OHGRecht, S.69, Weipert in RGR Komm. z. HGB § 114 Anm. 2, Staudinger-Geßler, Vorbem. § 709 Anm.5, Larenz, Schuldrecht II, § 56 II b), Esser, Schuldrecht, § 175, Zöllner, Schranken, S. 323.

3) Die Unterscheidung trifft Wolff, Organschaft und juristische Person, Bd. II: Theorie der Vertretung, Berlin 1934, S. 230, 236; s. auch ders., Verwaltungsrecht II, 1962, § 74 I f = S. 35.

7.323 Der normale Weg wäre, daß sich der unternehmerisch betätigende Großaktionär selbst in den Vorstand oder zumindest in den Aufsichtsrat wählen läßt. Dann träfe ihn die Verantwortlichkeit der Organhaftung schon kraft Gesetzes (§§ 99, 84 I AktG). Wenn der als Konzernspitze auftretende Großaktionär, wie es sehr häufig der Fall ist, eine juristische Person (AG oder GmbH) ist, kann sie nach den ausdrücklichen Vorschriften der §§ 75 Abs. 1, 3 und 86, Abs. 2, 1 AktG nicht zum Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied bestellt werden. Das bedeutet, daß gerade in den häufigsten Fällen eine Haftung des Großaktionärs auf Grund förmlicher Bestellung zum Verwaltungsorgan überhaupt ausgeschlossen ist. Hier wie in anderen Fällen ist es nicht gerechtfertigt, daß sich der Großaktionär der Haftung dadurch entziehen kann, daß er kein Verwaltungsmitglied der AG wird, obwohl er faktisch die Geschäftsführung in Händen hat.

Eine juristische Person kann immer nur die eigenen Organe (Vorstandsmitglieder) oder andere Angestellte entsenden und zum Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglied der von ihnen beherrschten AG bestellen [1]. Die herrschende Lehre lehnt eine Haftung der AG für die so mit der Annahme eines Amtes Beauftragten ab [2]. Eine Haftung des Großaktionärs entfällt. Das folgt daraus, daß die Haftung nach § 31 BGB Haftung für eigenes Verschulden der AG, und nicht für fremdes Verschulden ist [3]. § 31 BGB ist nicht etwa ein selbständiger Haftungstatbestand [4], sondern es muß eine nach dem Gesetz zum Schadenersatz verpflichtende Handlung vorliegen. Die nach dem Aktiengesetz zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen nach §§ 99, 84 Abs. 1 können jedoch nicht die AG treffen, da sie als juristische Person die Organstellung, an die das Gesetz die Haftung anknüpft, nicht einnehmen kann. Das ist eine notwendige Folgerung aus den §§ 75, 86 AktG. Aus der richtigen Feststellung Mestmäckers [5], daß diese Bestimmungen nicht geschaffen sind, um juristische Personen von der Haftung freizustellen, kann nicht gefolgert werden,

1) Hierzu Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 258-65
2) s. Schilling in Großkommentar AktG, § 84 Anm. 7
3) Enneccerus-Nipperdey, § 110, I. (= S. 661)
4) Enneccerus-Nipperdey, § 110, I. 3. (=S. 663)
5) Konzerngewalt, S. 262.

daß § 31 BGB anwendbar ist. Mestmäcker bejaht zwar mit dieser Begründung eine Haftung der beherrschenden AG nach § 31 BGB, §§ 84, 99 AktG [1], steht jedoch damit zu seinem eigenen Ausgangspunkt im Widerspruch, wonach § 31 BGB Haftung für eigenes Verschulden begründet. Ein eigenes Verschulden der AG läßt sich jedoch nicht konstruieren, wenn die AG eine Organstellung nicht innehaben kann.

Darum ist Schilling [2] zuzustimmen, der die Meinung vertritt, daß insofern ein Vorstandsmitglied der herrschenden AG nicht in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung handele. Von der herrschenden AG aus mag es zu den Aufgaben des Vorstands gehören, Verwaltungsstellen beherrschter Gesellschaften zu besetzen. Rechtlich ist jedoch darin keine Verrichtung der AG zu erblicken, da diese nicht Mitglied eines Verwaltungsgremiums einer AG sein darf. (Daß für die Regelung des Aktiengesetzes keine zwingende Notwendigkeit besteht, beweist die in der Rechtspraxis anerkannte GmbH & Co KG, in der eine juristische Person den allein zur Geschäftsführung berechtigten Komplementär bildet.) Wenn eine Haftung nach § 31 BGB, §§ 99, 84 Abs. 1 AktG entfällt, dann kann jedoch - abgesehen von unerlaubten Handlungen - die Treuepflicht der herrschenden AG als haftungsbegründender Tatbestand zu § 31 BGB in Frage kommen. Die Treuepflicht kann die AG als solche binden. Es kommt also darauf an, ob sich eine solche Treuepflicht begründen läßt. Die Haftung aus § 831 BGB entfällt, da nicht der Großaktionär das Organ bestellt hat [3].

Die herrschende Lehre muß auch die Anwendung des § 278 BGB ausschließen, da das Bestehen eines Schuldverhältnisses bei dieser Bestimmung vorausgesetzt wird.

7.324 Für den Unternehmeraktionär, der nicht auch formell Mitglied eines Verwaltungsorgans ist, besteht eine Gesetzeslücke. Es fragt sich, ob eine Verantwortung des Unterneh-

---

1) Konzerngewalt, S. 265
2) in Großkomm.AktG, § 84 Anm. 7
3) Schilling, a.a.O., m. w. Nachw.; ebenso Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 260.

meraktionärs ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung begründet werden kann.

Anknüpfungspunkt ist das Mitgliedschaftsverhältnis des Aktionärs, kraft dessen er in einem "körperschaftlichen Rechten- und Pflichtenverhältnis" [1] zur AG steht, die mit der überwiegenden Ansicht als eine Unterart des rechtsfähigen Vereins anzusehen ist. Dieses Mitgliedschaftsverhältnis reicht jedoch, wie aus den vorangegangenen Ausführungen des Abschnitts 7.314 hervorgeht, nicht aus, um eine Treuepflicht als Grundlage der Verantwortung des Unternehmeraktionärs zu begründen. Aus dem Mitgliedschaftsverhältnis eine Treuepflicht herzuleiten, ist überhaupt nur möglich, wenn als zusätzliche Voraussetzung die Ausübung von Organfunktionen hinzutritt. Darum ist zu untersuchen, ob durch das Hinzutreten dieser weiteren Tatsache eine besondere Verpflichtung begründet werden kann.

Diese Möglichkeit kann angesichts der Tatsache, daß es Schuldverhältnisse gibt, die lediglich an das Vorliegen bestimmter Tatsachen anknüpfen, nicht geleugnet werden. Es handelt sich dabei um die nichtvertraglichen (oder quasi-vertraglichen) Schuldverhältnisse, also solche Schuldverhältnisse, die ohne zwei übereinstimmende Willenserklärungen (§§ 145, 151 BGB) zustandekommen.

7.3241 Abgesehen von gesetzlichen Schuldverhältnissen im Sachen-, Familien- und Erbrecht (z.B. zwischen Besitzer und Eigentümer, zwischen Verwandten und zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten) begegnet uns im Schuldrecht die Geschäftsführung ohne Auftrag. Es entsteht ein Schuldverhältnis, das nur an das Vorliegen bestimmter Tatsachen anknüpft: An der Tatsache, daß jemand ein Geschäft für einen anderen besorgt (§ 677 BGB), und die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem

---

1) Enneccerus-Nipperdey, § 112 III = S. 443.

mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht [1] (§ 683 BGB).

Diese Voraussetzungen treffen auf den Unternehmeraktionär, dessen Bild diese Ausführungen bestimmen, nicht zu, weil er gerade nicht im Interesse der AG tätig wird, sondern seine eigenen Interessen verfolgt. Dann führt er nur ein objektiv fremdes Geschäft, nämlich das der AG, aus. Er verhält sich dabei gerade nicht so, wie der Vorstand einer AG sich zu verhalten verpflichtet ist. Der Vorstand handelt als Organ im Namen der AG, mit Wirkung für diese und damit ipse iure auf deren Rechnung. Wie jeder, der für fremde Rechnung handelt, ist auch der Vorstand verpflichtet, auch dessen Interessen wahrzunehmen.

Diese Rechtsstellung ist auf den unternehmerischen Großaktionär nicht unmittelbar übertragbar, weil er kein Organ ist. Darum trifft ihn die Pflicht, die Interessen der AG wahrzunehmen, auch nicht auf Grund seiner Organstellung. Trotzdem ist der Großaktionär, der die AG faktisch leitet, für fremde Rechnung tätig. Die Vor- und Nachteile seines Handelns treffen die AG. Er führt ein objektiv fremdes Geschäft. Er ist aber weder, - wie der Vorstand - dazu berechtigt, noch tut er es immer - wie bei der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag - entsprechend dem Interesse und dem wirklichen und mutmaßlichen Willen der AG.

Das Verhalten des Unternehmeraktionärs kann jedoch im faktischen Konzern dem der unerlaubten Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) entsprechen, indem er durch die Unternehmensführung ein objektiv fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß er dazu nicht berechtigt ist. In diesem Falle ist die AG Geschäftsherr und hat die Wahl zwischen deliktischem Schadensersatz und dem sich aus §§ 677, 678, 681, 682 BGB ergebenden Ansprüchen. Der Unternehmeraktionär ist der AG zum Ersatz des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch

---

1) Das sind die Voraussetzungen der sog. berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, für die allein § 677 BGB Bedeutung hat (Staudinger-Nipperdey, § 677 Anm. 1).

dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt (§ 678 BGB). Diese Haftung ist in doppelter Hinsicht verschärft: Die Voraussetzungen des Deliktrechts (§§ 823 ff BGB) brauchen nicht vorzuliegen. Das bedeutet, daß kein absolutes Recht verletzt zu werden braucht, sondern auch fahrlässige Vermögensschädigung eine Haftung begründen kann. Außerdem tritt die Ersatzpflicht unabhängig von einem sonstigen Verschulden ein. Das bedeutet, daß der Großaktionär für den Erfolg einstehen muß, weil die aufdringliche Einmischung in fremde Angelegenheiten vom Recht mißbilligt wird [1].

Die Voraussetzungen des § 687 Abs. 2 BGB und die Rechtsfolgen des § 678 BGB liegen aber nicht beim Vertragskonzern vor, weil in diesem der Großaktionär zur Besorgung der Geschäfte der AG auf Grund des Konzernvertrages berechtigt ist. Darum kann beim Vertragskonzern § 687 Abs. 2 BGB nicht die Haftung des Unternehmeraktionärs begründen. Das Weisungsrecht des Großaktionärs wird beim Vertragskonzern vertraglich begründet, ohne daß dem immer die vertragliche Pflicht korrespondiert, von diesem Recht nur im Interesse der AG Gebrauch zu machen. Der Unternehmeraktionär ist dann berechtigt, die Geschäfte für einen anderen (für die AG) zu besorgen, so daß sowohl die Voraussetzungen des § 687 Abs. 2 BGB als auch des § 677 BGB entfallen.

Das bedeutet, daß eine rechtliche Bindung des Unternehmeraktionärs nur auf Grund der Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zu erreichen ist.
Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, daß dem Unternehmeraktionär über diese Vorschriften hinaus eine Treuepflicht aufzuerlegen ist, die bereits beim Abschluß eines Konzernvertrages sich auswirkt.

7.3242 Die Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag ist aber nur eins von vielen Beispielen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses. Es gibt auch andere Fälle, in denen nur an das Vorliegen bestimmter Tatsachen angeknüpft wird, um

---

1) s. Staudinger[11]-Nipperdey, § 678 Anm. 14-16.

ohne übereinstimmende Willenserklärungen ein Schuldverhältnis zu begründen. So läßt die Rechtsfigur der "culpa in contrahendo" ein Schuldverhältnis nur auf Grund sozialen Kontaktes entstehen. Das faktische Vertragsverhältnis knüpft ebenfalls nur an ein bestimmtes sozialtypisches Verhalten an. Die fehlerhafte Gesellschaft wird bis zu ihrer Auflösung als tatsächlich und rechtlich bestehend behandelt ("faktische Gesellschaft"), obwohl ihr kein wirksamer Vertrag zugrunde liegt [1]. In allen diesen Fällen handelt es sich um "gesetzliche" Schuldverhältnisse im weiteren Sinne, d.h. in dem Sinne, daß unter Gesetz nicht nur das geschriebene Recht (ius scriptum) zu verstehen ist, sondern wie in Art. 2 des EGBG jede Rechtsnorm, also auch die gewohnheitsrechtliche und die von Rechtsprechung und Lehre in Rechtsfortbildung geschaffene Rechtsnorm. Der Katalog gesetzlicher Schuldverhältnisse ist also nicht ein geschlossener, sondern der Ergänzung fähig.

Darüberhinaus besteht für die hier behandelten Sachverhalte nicht einmal die Notwendigkeit, ein gesetzliches Schuldverhältnis im eigentlichen Sinne, das dadurch charakterisiert wird, daß dessen Rechte und Pflichten nicht an bereits anderweitig bestehende rechtliche Beziehungen anknüpfen, zugrunde zu legen. Vielmehr besteht zwischen der AG und dem Aktionär bereits das Mitgliedschaftsverhältnis. Dieses kann als rechtliche Grundlage herangezogen werden und bedarf für die Annahme einer Treuepflicht nur noch einer Erweiterung. Diese Erweiterung tritt ein, wenn ein Mitglied Organfunktionen ausübt, es also faktisch durch Weisungen die Geschäftsleitung beeinflußt. Beim unternehmeraktionär verstärkt sich das einfache Mitgliedschaftsverhältnis zu einem Treueverhältnis; es wird durch die Tatsache begründet, daß der Aktionär sich unternehmerisch betätigt. Durch diese Verknüpfung von Tatsache und Verpflichtung ähnelt die Treuepflicht dem gesetzlichen Schuldverhältnis.

---

1) Schlegelberger-Geßler, § 105, Anm. 62 c (4. Aufl. 1963)
Hueck, Recht der oHG[2], § 7 III = S. 49-63.

7.325 Die Möglichkeit, die Treuepflicht aus der faktischen Ausübung von Organfunktionen zu begründen, besteht umso eher, wenn man mit Mestmäcker [1], K. Lehmann [2] und Schilling [3] davon ausgeht, daß die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach den §§ 84 und 99 AktG nicht auf Grund des Anstellungsvertrages, sondern kraft Gesetzes haften, und auch sie die Treuepflicht kraft Gesetzes trifft [4]. Die herrschende Lehre [5] nimmt zwar an, die Haftung beruhe auf dem Anstellungsvertrag, geht aber ebenfalls davon aus, daß die Haftung nicht entfällt, wenn die Bestellung mangelhaft gewesen ist [6].

Das zeigt, daß die Haftung des Vorstands tatsächlich kraft Gesetzes besteht. Das wird dadurch unterstrichen, daß die Haftung - entgegen § 276 Abs. 2 BGB - nicht vertraglich ausgeschlossen oder gemildert werden kann [7]. Unterstrichen wird die Tatsache, daß es sich um eine Haftung kraft Gesetzes handelt, ferner dadurch, daß nach ganz allgemeiner Auffassung [8] die Rechtsstellung und Verantwortung der nach § 88 AktG entsandten Aufsichtsratsmitglieder dieselbe ist, wie die der gewählten, obwohl sie in keinen vertraglichen Beziehungen zur AG stehen.

Wenn die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder auf Grund ihrer Organstellung gesetzlich der Treuepflicht unterworfen sind, dann läßt sich dieser Gedanke auf den Unternehmeraktionär leichter übertragen, auch wenn er nicht formell zum Verwaltungsmitglied bestellt worden ist.

---

1) Konzerngewalt, S. 212
2) Das Recht der Aktiengesellschaften, II. Band, Berlin 1904, S. 264/65.
3) in Großkomm.AktG, § 84 Anm. 3, 5 und für den Aufsichtsrat § 87, Anm. 27, hier begründet mit dem Treueprinzip!
4) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 214/215.
5) Schlegelberger-Quassowski[3], 1939, § 84 Anm. 29, 1. Abs., Baumbach-Hueck[11], § 84 Anm. 1 D.: Anstellung = der Dienstvertrag (§ 75 Anm 3) ist maßgebend.
6) Baumbach-Hueck[11], § 84 Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski § 84, Anm. 3.
7) Schlegelberger-Quassowski[3], § 84 Anm. 5
8) s. z.B. Baumbach-Hueck[11], § 88 Anm. 4); Schilling in Großkomm.AktG, § 88 Anm. 16; Schlegelberger-Quassowski, § 88, Anm. 22.

Insbesondere läßt sich auf diese Weise die erwähnte Gesetzeslücke für die Haftung einer juristischen Person für ihre Vorstandsmitglieder oder andere Angestellten schließen. Nach der hier vertretenen Auffassung steht der Anwendung des § 278 BGB nichts im Wege. Die Ausübung von Organfunktionen führt zur Verstärkung des mitgliedschaftlichen Schuldverhältnisses zwischen der einen juristischen Person als Großaktionär und der von ihr abhängigen AG. Bedient sich die herrschende AG als Großaktionär zur Ausübung der Organfunktion ihrer gesetzlichen Vertreter (wozu der Vorstand einer juristischen Person gehört [1]) oder anderer Personen, dann haftet sie, weil zwischen ihr und der beherrschten AG ein besonderes Schuldverhältnis besteht.

7.326 Die Begründung der Treuepflicht des Unternehmeraktionärs aus seiner Organstellung ist darin zu sehen, daß er mit fremdem Vermögen (nämlich dem der AG) wirtschaftet, und daß seine Handlungen auf fremde Rechnung gehen. Die Tatsache, daß jemand für fremde Rechnung handelt, also ein objektiv fremdes Geschäft führt, führt dazu, daß er auch im Interesse des Betroffenen handeln muß. Dieser Gedanke, der, wie oben ausgeführt wurde, der Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB) zugrunde liegt, kann auch auf den Unternehmeraktionär ausgedehnt werden.

7.327 Auch der Rechtsgedanke einer gesteigerten Treuepflicht des geschäftsführenden Gesellschafters einer oHG läßt sich heranziehen: Es ist anerkannt, daß sich die Intensität der Treuepflicht eines Gesellschafters auch nach den Funktionen richtet, die der Gesellschafter in der Gesellschaft ausübt [2]. So trifft den Komplementär eine weitergehende Treuepflicht als den Kommanditisten, dem die Geschäftsführung nicht obliegt. Der Unterschied zur Treuepflicht im Aktienrecht besteht darin, daß in einer Personalgesellschaft die ausgeübten Funktionen die Intensität der Treuepflicht lediglich steigern, im Aktienrecht jedoch begründen.

---

1) h.M., s. Erman-Gröpper, § 278 Anm. 4. b)
2) Hueck, Gesellschaftsrecht[11], S. 30

7.328 Ähnliche Erwägungen, die der Begründung der Treuepflicht des Unternehmeraktionärs dienen, leiteten den BGH, um bei einer GmbH die Gründerhaftung auch auf den Hintermann auszudehnen [1]: Derjenige, für dessen Rechnung eine GmbH gegründet wird, muß wie ein Gesellschafter behandelt und haftbar gemacht werden. Dieser Gedanke, auf den Unternehmeraktionär übertragen, hieße: Derjenige, in dessen Auftrag und nach dessen Weisungen der Vorstand einer AG handelt, muß selbst wie ein Vorstand behandelt werden und haftet wie dieser.

Diese Auffassung findet ihre Parallele in der Tendenz der modernen Strafrechtslehre, mit der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft den Hintermann und Drahtzieher als den eigentlich für die Tat Verantwortlichen heranzuziehen und haftbar zu machen und in dem unmittelbar Handelnden nur dessen Werkzeug zu erblicken.

Alle angestellten Erwägungen, die in einem engen Zusammenhang miteinander stehen und nur verschiedene juristisch relevante Blickwinkel bilden, führen zu folgender Lösung:

Es besteht eine Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber der Gesellschaft, wenn er auf Grund seiner Stellung einen beherrschenden Einfluß auf die AG hat und ausübt, d.h. wenn er Organfunktionen ausübt. Daraus entsteht für den Großaktionär eines besondere Verpflichtung des Inhalts, nur im Interesse der AG tätig zu werden und jede Schädigung der AG zu unterlassen. Dem Unternehmeraktionär ist es grundsätzlich nicht erlaubt, das Unternehmen im eigenen Interesse zu führen. Er muß grundsätzlich wie ein Vorstand die Geschäfte nur im Interesse der AG führen. Er muß wie der Vorstand sich an dem Interesse der Gesellschaft orientieren und so vorgehen, als ob deren Interessen seine eigenen seien, also in diesem Sinne fremdnützig handeln [2]. Der Unternehmeraktionär darf weder offen für eigene Rechnung tätig werden, indem er ohne entsprechende Gegenleistung den Gewinn auf Grund eines Ge-

---

1) BGH 14.12.59, Bd. 31, S. 258 ff (267)
2) s. Esser, Schuldrecht^2, S. 66/67, zur allgemeinen Charakterisierung der treuhänderischen Vertragsstrukturen.

winnabführungsvertrages an sich abführt, noch heimlich, indem er durch ungünstige Verträge sog. verdeckte Gewinnausschüttungen vornimmt.

7.329 Der Gedanke einer Treuepflicht des unternehmerisch tätigen Großaktionärs aus seiner faktischen Organstellung herzuleiten, ist im Schrifttum zwar geäußert worden, aber nicht in den Vordergrund gestellt und durchgeführt worden. So spricht Bergmann [1] davon, daß die Treuepflicht die gesetzliche Folge der gesellschaftlichen Machtstellung sei; wer Einfluß auf die Gesellschaft habe, trete damit in ein gesetzliches Schuldverhältnis zu ihr und den Aktionären. Verwandt ist der Gedanke von Dorpalen [2], dem Aktionär eine Treuhänderstellung zuzusprechen. Er meint eine Treuhänderstellung im weiteren Sinne, nämlich in dem Sinne, daß jeder Aktionär im Verhältnis zur AG eine treuhänderische Stellung hat, wenn ihm das Stimmrecht anvertraut sei. Das ist zweifellos zu weitgehend, wie es ähnlich zu weitgehend ist, wenn Gierke [3] sagt, jeder Aktionär sei Organ der AG, und deswegen träfe ihn eine Treuepflicht. Organ ist vielmehr die Hauptversammlung, an deren Beschlüssen der einzelne Aktionär nur mitwirkt.

Verwertbar ist jedoch der Gedanke der Treuhänderstellung für den Unternehmeraktionär. Ihn trifft die gleiche Treuepflicht wie die Vorstandsmitglieder, die zwar nicht Treuhänder im engen Sinne des Wortes sind, deren Rechtsstellung aber im Verhältnis zur AG treuhänderisch strukturiert ist [4]. Die Stellung des Vorstands ähnelt insofern der eines Treuhänders, als er nach außen unbeschränkte Machtbefugnisse hat (§ 74 Abs. 2 AktG), nach innen aber, im Verhältnis zur AG, durch deren Interesse und Wohl gebunden ist (§ 70 AktG).

---

1) in ZHR 105 (1938), S. 1 ff: Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellung, S. 10.
2) in ZHR 102 (1936), S. 1 ff: Die Treuepflicht des Aktionärs, S. 20.
3) in ZHR 111 (1948), S. 197 (Besprechung von Hueck)
4) Diesen Ausdruck verwendet Esser, Schuldrecht², S. 67, s. auch S. 618.

Fechner führt aus, daß die Aktionäre, wenn sie in der Hauptversammlung nach § 103 Abs. 2 AktG über Fragen der Geschäftsführung entscheiden, derselben Pflichtbindung wie der Vorstand unterstehen [1].

Überhaupt begründet Fechner die Treuepflicht des Aktionärs zum Unternehmen (!) in ähnlicher Weise wie es hier geschieht: Beschränke sich der Aktionär auf eine rein vermögensrechtliche Teilhabe, so bleibe er von besonderen Treuebindungen frei. Greife er aber in die Geschicke des Unternehmens handelnd ein, so werde er auch von den in der Ordnung des Unternehmens begründeten Bindungen erfaßt [2]. Ein Verhältnis, das einer Person eine Rechtsmacht über eine personenrechtliche Ordnung (= das Unternehmen) gebe, und die in dieser Ordnung gebundenen Personen dessen Einwirkung aussetze, erzeuge aus sich heraus eine Treuepflicht [3].

Zöllner [4], der die Treuepflicht nur unter dem Gesichtspunkt der Stimmrechtsmacht behandelt, weist anläßlich der Abgrenzung seines Themas darauf hin [5], daß die Frage, welchen Bindungen der in die Geschicke der Gesellschaft außerhalb der Hauptversammlung eingreifende Mehrheitsaktionär unterliege, aufs engste mit dem Problem der Beschränkung der Verwaltungsmacht verknüpft sei, da er stets den Weg über die Verwaltung nehmen müsse.

Hinsichtlich der von ihm bejahten Bindung des Stimmrechts durch die Treuepflicht und Treu und Glauben [6] geht er auch davon aus, daß das Maß der Rücksichtnahme bei der Stimmrechtsausübung von der Stärke der eingeräumten Macht, in fremde Interessen einzugreifen, abhängt [7]. Jedoch wendet er diese Bindung auf jeden Aktionär an, nicht nur auf den Unternehmeraktionär [8]. Gedanken, die an die Begründung einer Treuepflicht des Unternehmeraktionärs aus seiner

---

1) in Treuebindungen des Aktionärs, S. 79
2) Fechner, Treuebindungen, S. 73
3) Fechner, Treuebindungen, S. 77; Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 214, begründet hiermit unter Berufung auf Fechner die Treuepflicht von Verwaltungsmitgliedern. Ähnlich begründet er auch die Treuepflicht des Aktionärs, auf S. 350/1.
4) in Schranken
5) Zöllner, Schranken, S. 8, unter Berufung auf Mestmäcker.
6) Schranken, § 30 = S. 335 ff
7) Zöllner, Schranken, S. 342 unter 3.
8) deutlich in Anm.18b) auf S.343, im übrigen der gesamte § 30

Organstellung anklingen, finden sich bei Schilling [1], allerdings nur im Hinblick auf Hauptversammlungsbeschlüsse. Er meint, für die Frage, ob das Handeln eines Aktionärs gegen die Gesellschaftstreue verstoße, sei wesentlich, ob er die Mehrheit darstelle oder als einzelner einflußloser Kleinaktionär handele [1]. Er beruft sich auf eine Reichsgerichtsentscheidung, in der es heißt [2]: Aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Minderheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundene Vermögensrechte zu verfügen, ergebe sich ohne weiteres die gesellschaftliche Pflicht der Mehrheit, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu kürzen. Schilling [3] ist sogar der Ansicht, daß die Minderheitsgruppe bei Ausübung ihres Stimmrechts Pflichten gegenüber der Gesellschaft und der Minderheit zu beobachten hat. Für die Ausführungen von Schilling ist zu beachten, daß sie sich nur auf die Ausübung des Stimmrechts beziehen, während nach der hier vertretenen Ansicht die Treuepflicht des Unternehmeraktionärs ganz allgemein begründet werden soll.

Immerhin hat die Übersicht gezeigt, daß vielfach Ansätze vorhanden sind, aus der faktischen Organstellung des Unternehmeraktionärs eine Treuepflicht abzuleiten [4].

Zum Abschluß der Aufzählung sei auch darauf hingewiesen, daß, wie Mestmäcker [5] nachweist, auch in der amerikanischen Rechtsprechung nach der "Doctrine of the dominant stockholders" [6] die Verfügungsmacht der herrschenden Mehrheitsaktionäre treuhänderisch wie die Verwaltung gebunden ist. Den Mehrheitsaktionär treffen nach dieser Doktrin die Pflichten der Verwaltung, wenn er die Verwaltung ausübt.

---

1) in Großkomm.AktG, § 197 Anm. 15 a u. 15 b
2) RG 31.3.33, Bd. 132, S. 150 ff (163)
3) Schilling in Großkomm.AktG, § 197 Anm. 15 b, Abs. 3
4) In dieser Richtung bewegen sich ebenfalls die Ausführungen in Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 255; s. auch de lege ferenda Müller-Erzbach, "Umgestaltung der AG...", 1929, S. 37
5) Konzergewalt, S. 195, 199
6) a.a.O., S. 196

7.32 10 Es wurde bewußt die Bezeichnung Großaktionär und nicht Mehrheitsaktionär gewählt, um dadurch zu kennzeichnen, daß die Annahme einer Treuepflicht von einer bestimmten Aktienmehrheit nicht abhängig ist. Es reicht vielmehr aus, daß der Aktienbesitz zu einem derartigen Einfluß auf die AG führt, daß ein Aktionär faktisch Organfunktionen wahrnehmen kann. In aller Regel ist hierfür eine Aktienmehrheit, also der Besitz von mehr als 50 % des Aktienkapitals erforderlich. Besondere Umstände können aber dazu führen, daß auch ein kleineres Aktienpaket die Beherrschung einer AG ermöglicht, etwa wenn der Aktienbesitz im übrigen so sehr zersplittert ist [1], daß in der Hauptversammlung niemals alle Aktionäre vertreten sind und dadurch die Stimme des Großaktionärs immer den Ausschlag gibt. Möglich ist auch, daß der Großaktionär sich die Unterstützung einer Bank sichert, die mit Hilfe eigener und Depotaktien dem Großaktionär den gewünschten Einfluß - etwa bei der Bestellung eines Aufsichtsrats, der aus Vertrauensleuten des Großaktionärs besteht - sichert. Auch durch wirtschaftliches Hand-in-Hand-Arbeiten mit einem anderen größeren Aktionär kann ein Großaktionär seine Ziele erreichen. Schließlich kann der Großaktionär sich auch das Stimmrecht anderer Aktionäre vertraglich durch sog. Stimmabgabe- oder Konsortial- oder Poolverträge sichern [2].

7.32 11 Zur Klarstellung ist noch zu erwähnen, daß es für die Annahme einer Organfunktion nicht darauf ankommt, wie sehr sich der Großaktionär um Einzelheiten der Geschäftsführung kümmert. Entscheidend ist nur, ob der Großaktionär die AG wie eine Betriebsabteilung seines eigenen Unternehmens benutzt. Es ist im Einzelfall also nicht entscheidend, ob der Vorstand der beherrschten AG eine große oder kleine Entscheidungsfreiheit, ob er nur Vollstrecker eines zentralen Konzernwillens ist oder auch in wichtigen Fragen selbst entscheiden kann und nur selten die Genehmigung einzuholen braucht. Das alles sind Fragen der Konzernorganisa-

---

1) Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm.AktG, § 15 Anm. 1
2) Schmidt-Meyer-Landrut, Großkomm.AktG, § 15 Anm. 4, 5. Abs.

tion, die, vergleichbar der Organisation der staatlichen Verwaltung, zentralisiert und dezentralisiert aufgebaut werden kann [1]. Die Art und Weise des Aufbaus der Konzernorganisation ist für die juristische Beurteilung unerheblich. Entscheidend ist, daß die AG so in den Konzern eingegliedert ist, daß der Vorstand wie ein Abteilungsleiter einer juristisch unabhängigen Betriebsstätte oder Filiale der Konzernspitze faktisch verpflichtet ist, in dieser die übergeordnete Instanz sieht und faktisch ihren Interessen verpflichtet ist, also faktisch nur ihr gegenüber zur Treue verpflichtet ist. Einem solchen Vorstand liegt das Schicksal der von ihr geleiteten abhängigen AG nur insoweit am Herzen, wie es den Interessen des Großaktionärs nicht widerspricht.

Wesentlich ist, daß der Vorstand der abhängigen AG nach eigenen Überlegungen im Sinne des herrschenden Unternehmens tätig werden soll und wird, eigene Initiative nur unter ständiger Orientierung am wahren und mutmaßlichen Willen des herrschenden Unternehmens entfaltet, ganz nach dessen Intention handelt und so vorgeht, als ginge es um seine eigene Zielsetzung oder sein eigenes Interesse [2].

7.32 12 Die rechtlichen Folgerungen, die sich ergeben, wenn der Unternehmeraktionär gegen die ihm obliegende Treuepflicht verstößt, werden in besonderen Abschnitten (8 und auch 7.33) behandelt.

7.33 Abwandlung der Treuepflicht durch das Konzerninteresse

7.331 Bisher ging es darum, die Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs zur AG zu begründen und zunächst einmal grundsätzlich zu bestimmen. Der grundsätzliche Inhalt besteht darin, bei jeder einzelnen Maßnahme, die die Geschäftsführung der abhängigen AG betrifft, nur deren Wohl im Auge zu haben und in deren Interesse zu handeln. Ohne eine Modifizierung dieses Grundsatzes läßt sich jedoch eine sachgerechte Lösung des Interessenkonflikts zwischen Groß- und Kleinaktio-

1) vgl. "Konzern-Organisation" 1952, Verf.: Arbeitskreis Krähe, S. 33
2) so charakterisiert Esser, § 21,2, S. 66/7, das treuhänderisch strukturierte Vertragsverhältnis.

när nicht erreichen. Wenn die Konzernleitung bei jeder einzelnen Maßnahme an das Wohl der abhängigen Gesellschaft zu binden wäre, wäre eine sinnvolle einheitliche wirtschaftliche Leitung des gesamten Konzerns unmöglich. Das bedeutet, daß auch der grundsätzliche Inhalt der Treuepflicht durch das Konzerninteresse eine Wandlung erfahren kann. Dabei kann wieder an die gewandelte Treuepflicht eines Vorstands einer Konzerngesellschaft angeknüpft werden. Ausgangspunkt muß das Verhalten des Vorstands einer unabhängigen AG sein, die sich freiwillig mit anderen unabhängigen AGen zu einem Konzern zusammenschließt und dadurch freiwillig ihre eigene Unabhängigkeit aufgibt. Eine dafür häufige Form ist die Bildung einer echten IG [1] in Form einer Gewinngemeinschaft, wie sie bereits oben (Abschn. 42) geschildert worden ist. Auch bei der IG unterwerfen sich die Mitglieder einer gemeinsamen einheitlichen Leitung. Diese kann entweder in einem kollegialen, aus den Verwaltungen aller beteiligten Gesellschaften bestehenden Verwaltungsgremium bestehen oder durch eine für diesen Zweck von den Mitgliedern der IG gegründeten GmbH ausgeübt werden. Sie kann aber auch auf eine der beteiligten AGen, etwa der nach ihrer Größe überragenden, übertragen werden. In einem solchen Konzern hat sich die Treuepflicht des Vorstands bereits gewandelt. Er braucht nicht mehr bei jeder einzelnen Maßnahme, die die Konzernspitze anordnet, auf das engere Wohl nur seiner AG bedacht zu sein. Er kann es sogar hinnehmen, daß die von ihm vertretene AG anhaltend benachteiligt wird, weil es das Konzerninteresse erfordert. Das ist ohne weiteres hinzunehmen, weil seine AG am Gesamtertrag des Konzerns einen gerechten Anteil erhält. Dabei wird sich die von ihm geleitete AG im Endergebnis sogar besser stehen, als wenn sie unabhängig wirtschaftet, weil gerade der Zweck der Konzentration in dem größeren Vorteil aller Beteiligten zu sehen ist.

Möglich ist aber auch, daß die aufgrund eines Konzernvertrags zusammengeschlossenen Unternehmen nicht für gemeinsame Rechnung sondern nur für Rechnung der Konzernspitze

---

1) Interessengemeinschaft

arbeiten, wie es bei Betriebspachtverträgen, sonstigen Betriebsüberlassungsverträgen und bei Betriebsführungsverträgen der Fall ist. Bei diesen Verträgen trägt das gesamte Risiko des Betriebs der abhängigen AG die Konzernspitze, und darum kann die im Konzernvertrag vereinbarte Gegenleistung einen anderen Charakter haben. Statt einer Teilnahme am Gewinn kann ein fester Pachtzins oder eine feste Gegenleistung vereinbart werden. Möglich ist aber auch, den Pachtzins oder die anderen Gegenleistungen variabel zu gestalten und ihre Höhe am Gewinn oder am Umsatz des Gesamtkonzerns oder der Konzernspitze zu orientieren. Schließlich könnte sowohl eine feste als auch eine variable Gegenleistung kombiniert werden. Der Vorstand einer AG ist, wie §§ 256, 15 AktG zeigen, befugt, derartige Konzernverträge abzuschließen. Dann kommt die Treuepflicht des Vorstands beim Abschluß des Konzernvertrages zum Tragen, da auch dieser ein Akt der Geschäftsführung ist. Er muß, da er dem Interesse der AG verpflichtet ist, einen Vertrag abschliessen, bei dem die Interessen der AG gewahrt werden und der deswegen eine angemessene Gegenleistung vorsieht. Die Abwandlung der Treuepflicht durch das Konzerninteresse besteht also darin, daß der Vorstand nicht mehr bei allen einzelnen Maßnahmen, sondern nur im Ganzen gesehen dem Wohl der AG verpflichtet ist. Diese gewandelte Treuepflicht trifft auch den Großaktionär, der die AG in einen Konzern eingliedert, und weil er auf Grund der Ausübung von Organfunktionen auf das Wohl der Gesellschaft bedacht sein muß. Das bedeutet, daß er aufgrund der Treuepflicht gezwungen ist, beim Abschluß eines Konzernvertrages eine gerechte Gegenleistung für die AG vorzusehen. Er muß den Konzernvertrag inhaltlich so gestalten, wie ihn der Vorstand einer unabhängigen AG abschliessen würde. Den Unterschied eines Konzernvertrags einer unabhängigen und einer abhängigen Gesellschaft zeigt beispielhaft der Sachverhalt einer RG-Entscheidung aus dem Jahre 1933 [1]: Eine AG hatte mit einer GmbH einen "Interessengemeinschaftsvertrag" geschlossen. Darin hatte sich die AG u.a. verpflichtet, ihr Betriebsvermögen in die IG

1) RG 14.11.1933, Bd. 142 (223 ff).

einzubringen. Die Geschäfte sollten von der GmbH auf deren Rechnung, aber unter der Firma der AG und unter Mitwirkung der Organe der AG weitergeführt werden. Die GmbH übernahm die Verpflichtung, die Anlagen stets in gutem Zustand zu erhalten, die erforderlichen Ausbesserungen, Erneuerungen und Ergänzungen auf ihre Kosten vorzunehmen und während der ersten beiden Betriebsjahre für den Ausbau der Anlagen zum Zwecke der Tonerdisierung 2. Mill. RM aufzuwenden. Nach Ablauf des PG-Vertrages mußte die GmbH die Anlagen in ordnungsgemäßem, dem Stande der Technik entsprechenden Zustand unentgeltlich zurückgeben. Die GmbH mußte an die AG eine jährliche feste Pachtsumme (255.000,-- RM) und einen Gewinnanteil von 37 1/2 % des erzielten Überschusses abführen. Der GmbH wurde die Erfüllung des PG-Vertrages lästig. Deswegen versuchte sie mit allen Mitteln, sich der Verpflichtungen zu entledigen. Schließlich kaufte sie zu diesem Zweck die Mehrzahl der Aktien der AG auf und bewirkte so durch Beschluß einer HV die Änderung des PG-Vertrages dahin, daß die AG keinen Pachtzins mehr zu entrichten hatte und von der Leistung des Ausbauaufwands von 2 Mill. RM loskam.

In diesem Zusammenhang kam es nur auf die Schilderung des Sachverhalts an, auf den Rechtsstreit, der daraufhin entstand und dessen Entscheidung wird weiter unten noch einzugehen sein. Es wird nun in der Praxis schwierig festzustellen sein, wie eine gerechte Gegenleistung aussieht. Dazu wird eben auf die Feststellung abzustellen sein, ob die Gegenleistung hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages vertretbar ist oder nicht. Diese Feststellung kann nicht einfach sein. Für eine variable Gegenleistung muß die Unsicherheit berücksichtigt werden. Die Gegenleistung darf nun von Transaktionen nicht manipulierbar sein. Deswegen ist es überaus problematisch, Lizenzen an die Dividende der betreffenden Unternehmen zu knüpfen. Somit der Unternehmenswert wenn auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Regelung in sehr weitem Rahmen vom Vorstand einer Gesellschaft bestimmt werden. Es hängt einmal davon ab, wieviel von Jahresüber-

schuss in die (sogenannte offene) Rücklage eingestellt wird (s. § 132 Abs. III Ziff. 30-33 AktG). Außerdem hängt der Jahresüberschuß von den Bewertungen des Vermögens (§ 131 Abs. 1 A Ziff. 2 und 3) und von der Höhe der Abschreibungen (= § 132 Abs. III Ziff. 19-21) ab. Da das Gesetz in § 133 AktG die Bewertungen nur nach oben begrenzt hat, ist dem Vorstand die Möglichkeit gegeben, durch geringe Bewertungen sogenannte stille Reserven [1] zu bilden und deren Höhe zu bestimmen. Die Höhe des Jahresüberschusses wird unmittelbar von dem Umfang der Bildung stiller Reserven beeinflußt.

Die Gegenleistung eines Konzernvertrags ist weiterhin von der Konzernspitze manipulierbar, wenn er an irgend welche Leistungen der abhängigen Gesellschaft selbst gekoppelt wird, z.B. an deren Umsatz. Denn aufgrund eines Konzernvertrags bestimmt die Konzernspitze, welche Leistungen die abhängige AG erbringt und welchen Verlauf ihr Umsatz nimmt. Hieraus ergibt sich, daß eine variable Gegenleistung in einem Konzernvertrag im allgemeinen nur dann nicht zu beanstanden ist, wenn ihr Faktor sich nach den Verhältnissen vor der Eingliederung in einen Konzern, also vor Abschluß des Konzernvertrages richten muß. Es ist also etwa das Verhältnis des Gewinns der herrschenden zum Gewinn der abhängigen Gesellschaft in der Zeit vor der Eingliederung zugrunde zu legen. Dafür ist es aber wiederum erforderlich, daß die vor der Eingliederung erzielten Gewinne nach den selben Grundlagen ermittelt werden. Es muß also der gleiche Prozentsatz des Jahresüberschusses den freien Rücklagen zugewiesen und es müssen die gleichen Bewertungsgrundsätze (Abschreibungssätze) angewandt werden. Dieses Verfahren mag zwar umständlich und deswegen die Ermittlung einer gerechten Gegenleistung schwierig sein, sie ist aber nicht unmöglich. Unmöglich wäre nur eine isolierte Berechnung des Beitrags des einzelnen Konzernunternehmens am Gesamterfolg des Konzerns nach der Eingliederung zu ermitteln. Das hat

---

1) d.h. nicht aus der Bilanz ersichtliche

Mestmäcker ausführlich nachgewiesen [1]. Das Vermögen der abhängiger Gesellschaft ist so unentwirrbar mit dem der Konzernspitze verknüpft, daß es betriebswirtschaftlich einfach nicht möglich ist, den echten Beitrag eines Konzernunternehmers an dem wirtschaftlichen Erfolg des Konzerns einigermaßen exakt zu erfassen [2]. Auf solche unüberwindliche Schwierigkeiten stossen die hier vorgeschlagenen Richtlinien zur Ermittlung einer gerechten Teilnahme der abhängigen Gesellschaft am Gesamtgewinn nicht.

Die bisherigen Ausführungen über die Abwandlung der Treuepflicht durch das Konzerninteresse haben sich auf die Konzernverträge beschränkt. Schwieriger ist jedoch der Einfluß des Konzerninteresses bei der faktischen Eingliederung als beim Beteiligungskonzern zu beurteilen. Da hier ein durch Vertrag institutionalisierter Ausgleich fehlt, ist zu klären, ob eine einzelne, der abhängigen AG schädliche Maßnahme überhaupt gerechtfertigt werden kann. Die Frage ist zu bejahen, weil § 101, III AktG die Berücksichtigung eines richtig verstandenen Konzerninteresses zuläßt. Diese Vorschrift ist zwar auf die Verpflichtung zur Treuepflicht nicht unmittelbar anwendbar, weil § 101 AktG nicht Ausdruck der Treuepflicht ist, sondern eine aktienrechtliche unerlaubte Handlung beinhaltet. Jedoch kann § 101, III AktG als ein allgemeines Rechtsprinzip des Aktienrechts angesehen werden, das in analoger Anwendung auch für die Treuepflicht zutrifft. Die Übertragung des Prinzips des § 101, III AktG führt jedoch naturgemäß zu Einschränkungen.

Ob eine einzelne schädliche Maßnahme durch eine gerechte Teilnahme am Ertrag des Gesamtkonzerns ausgeglichen wird, ist nur dann ohne größere Schwierigkeiten zu entscheiden, wenn regelmäßig Ausgleichszahlungen an die AG erfolgen. Ist das nicht so, muß aufgrund der Gesamtentwicklung entschieden werden, ob die Eingliederung sich insgesamt nicht negativ auf die AG ausgewirkt hat. Schon allein solche Tatsachen, wie die Teilnahme am betrieblichen Erfahrungsschatz

1) in Konzerngewalt, S. 305-312
2) s. die zusammenfassende Feststellung bei Mestmäcker auf S. 312 oben.

anderer Konzernunternehmen, Verbesserung der Produktionstechnik, Vermittlung zinsgünstiger Fremdmittel, gemeinsamer - und dadurch verbilligter - Ein- und Verkauf sowie Teilnahme an gemeinsamer Werbung können einzelne, der abhängigen Gesellschaft schädliche, dem Gesamtkonzern jedoch nützliche Maßnahmen rechtfertigen.

Die nicht zu verkennende Schwierigkeit, derartige Abwägungen vorzunehmen, wird jedoch praktisch dadurch gemildert, daß es in einem Rechtsstreit Aufgabe der Konzernspitze ist, zu beweisen, daß eine schädliche Maßnahme durch artigen Ausgleich gerechtfertigt ist. Denn die Konzernspitze trifft die Beweislast, weil die Abwandlung der Treuepflicht durch das Konzerninteresse ein Ausnahmetatbestand zu der Regel ist, daß bei jeder einzelnen Maßnahme das Wohl der abhängigen Gesellschaft anzustreben ist. (Genauso ist § 101, III AktG eine Ausnahmebestimmung). Den Beweis zu erbringen wird der Konzernspitze dann leichter fallen, wenn die Vorteile so eng mit den Nachteilen verknüpft sind, daß wirtschaftlich ein unmittelbarer Zusammenhang besteht [1].

7.332 Die Treuepflicht des Großaktionärs kann durch das Konzerninteresse eine noch weitergehende Abwandlung erfahren. Bislang wurde die Treuepflicht an dem Wohl der abhängigen Gesellschaft orientiert. Das ist jedoch nur als Basis der Treuepflicht anzusehen. Diese Orientierung am Wohl der Gesellschaft geschieht letztenendes nur im Interesse konzernfreier Minderheitsaktionäre. Sie ist auch nur sinnvoll, solange noch Minderheitsaktionäre in der abhängigen Gesellschaft vorhanden sind. Die Rechtsordnung hat keine Veranlassung einzugreifen, wenn sämtliche Anteile der Gesellschaft sich in der Hand der Konzernspitze befinden. Es gibt in diesem Fall keine zu schützenden Minderheitsaktionäre. In diesem Fall müssen die Gläubiger der Tochtergesellschaft geschutzt werden. Im Gegensatz zu einer juristisch unselbständigen Betriebsabteilung haftet die juristisch selbständige Gesellschaft nur mit ihrem eigenen Vermögen den Gläubigern. Wie

1) vgl. § 300, II des Regierungsentwurfs zum Aktiengesetz. Dort ist das objektive Bestehen des Zusammenhangs jedoch Voraussetzung des Ausgleichs.

die Gläubiger von einer durch die Konzernleitung veranlaßten Verringerung des Vermögens geschützt werden, gehört jedoch nicht zum Thema dieser Arbeit. Es handelt sich in erster Linie um das Problem, ob auch verdeckte Gewinnausschüttung an den Großaktionär von den Vorschriften erfaßt werden, die (im Gläubigerinteresse) dem Grundsatz der Kapitalerhaltung dienen sollen, also der §§ 52, 54 AktG. Der Berührungspunkt mit dem Thema dieser Arbeit liegt darin, daß Organverträge und sonstige Konzernverträge auch unter diesem Aspekt geprüft werden müssen und sie nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht wegen Verstosses gegen die genannten Vorschriften entweder nach § 134 BGB nichtig oder anfechtbar sind [1]. Außerdem werden auch durch § 101 AktG die Gläubiger geschützt (§ 101 Abs. V).

Festzuhalten ist, daß für einen Großaktionär, in dessen Hand sich sämtliche Aktien einer AG befinden, von einer Treuepflicht gegenüber der AG nicht gesprochen werden kann. Er kann die Geschäfte der AG führen, wie es ihm beliebt, soweit es nicht die Vorschriften zum Schutz der Gläubiger verbieten. Eine Treuepflicht des Alleinaktionärs gegenüber der nur ihm gehörenden Gesellschaft anzunehmen, wäre nicht sinnvoll, weil dann der Großaktionär vor sich selbst geschützt werden würde, was nicht Aufgabe der Privatrechtsordnung ist. Wenn man den Großaktionär zwingen würde, sein Handeln nur am Interesse der Gesellschaft auszurichten, dann würde es zwar indirekt ihm selbst zugute kommen; je besser es der Gesellschaft geht, desto wertvoller ist seine Beteiligung und desto höhere Dividende kann er erhalten. Aber eine solche Lösung würde wieder verkennen, daß das mitgliedschaftliche Interesse des Alleingesellschafters an der AG wesentlich von seinem Interesse am Gesamtkonzern abweichen kann.

Das oberste Interesse des Großaktionärs besteht darin, daß sämtliche Konzernunternehmen zusammen einen möglichst hohen Gewinn erzielen. Wollte man ihm das verbieten, solange die

1) Ballerstedt in Betrieb, 56/813 - 815; 837-840; Duden in BB 57/49 ff (50); Fischer in Großkomm.AktG, § 52 Anm. 18 i.V.m. Anm. 3 u. § 54 Anm. 7; Würdinger, § 28 B III, 3. b) = S. 210.

einzelnen Konzernglieder rechtlich selbständig sind, würde man ihn zu der rechtlich möglichen Fusion aller Konzerngesellschaften drängen.

Die in dieser Arbeit behandelten Treuepflicht wird erst dann relevant, wenn die Konzernmutter nicht sämtliche Anteile einer abhängigen AG besitzt, sondern auch noch freie Minderheitsaktionäre vorhanden sind. Diese Überlegungen führen bei einer abhängigen Gesellschaft, bei der noch Minderheitsaktionäre vorhanden sind, dazu, daß man das Interesse der abhängigen Gesellschaft gleichermaßen aufspalten muß [1]. Soweit der Großaktionär selbst Schaden erleidet, braucht er das Wohl der abhängigen Gesellschaft nicht zu beachten. Soweit die Kleinaktionäre jedoch geschädigt werden, muß er das Wohl der Gesellschaft beachten. Die Treuepflicht gegenüber der abhängigen AG reicht also nur soweit wie das Interesse der Kleinaktionäre. Diese Aufspaltung der Treuepflicht kann man sich am besten mit dem von Krückmann gewählten Beispiel des Erlasses verdeutlichen: Wenn die abhängige AG gegen die Konzernspitze (= den Großaktionär) einen Anspruch hat, dann ist der Erlaßvertrag nur soweit wirksam, als es sich um den Schaden des Mehrheitsaktionärs handelt, nicht aber soweit, als der Schaden der Kleinaktionäre in Frage steht. Dieser nichterlaßbare Teil steht nach wie vor der AG zu[2]. Wenn dieser nichterlaßbare Teil an die AG gezahlt würde, würde das jedoch wiederum auch dem Großaktionär und zwar zu Lasten der anderen Aktionäre zugute kommen. Da damit nicht den Kleinaktionären gedient wäre, führt die weitergehende Abwandlung zwangsläufig zur Frage, ob den Kleinaktionären nicht unmittelbar ein Anspruch gegen den Großaktionär zusteht. Zu untersuchen bleibt, ob den Großaktionär eine Treuepflicht nicht nur gegenüber der AG, sondern auch den übrigen Kleinaktionären gegenüber trifft. Nur dann kann den Kleinaktionären ein unmittelbarer Anspruch gegen den Großaktionär zugestanden werden. Nur auf diese Weise läßt sich eine vernünftige, den Interes-

---

1) Ganz ähnlich Krückmann in ZHR 102/208 ff (212), eine Abhandlung, auf die noch näher eingegangen wird.
2) Krückmann, a.a.O.

sen der Groß- und Minderheitsaktionäre gerecht werdende Lösung erreichen, die darin besteht, daß die Minderheitsaktionäre so gestellt werden müssen, wie sie stehen würden, wenn die AG in gerechter Weise am Gewinn des Gesamtkonzerns teilhaben oder ein gerechtes Entgelt für die Eingliederung erhalten würde.

7.4 Begründung der Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber den Minderheitsaktionären

Die bisher ausschließlich behandelte Treuepflicht des Großaktionärs zur AG wurde aus der Organfunktion des Mehrheitsaktionärs begründet. Dementsprechend wurde der Inhalt der Treuepflicht so bestimmt, daß der Großaktionär wie Verwaltungsmitglieder im Interesse der Gesellschaft handeln muß.

Diese Begründung aus der Organfunktion genügt allein nicht, um auch eine Treuepflicht gegenüber den Minderheitsaktionären zu begründen. Denn der Vorstand steht nur in Rechtsbeziehungen zur AG, ihn trifft deswegen nur eine Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber [1]. Dritte, worunter auch Aktionäre zu verstehen sind, können Ansprüche gegen Verwaltungsmitglieder nur aufgrund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen geltend machen.

Ein Sachverhalt, der zwei BGH-Entscheidungen [2] zugrunde lag, deckt die Schwierigkeit auf, die sich aus dem Fehlen von Ansprüchen der Aktionäre oder Dritter gegenüber der Verwaltung ergeben können:

Der Vorstand einer AG war ermächtigt worden, das Grundkapital zu erhöhen (= genehmigtes Kapital: § 169 AktG). Das gesetzliche Bezugsrecht (153, I AktG) schloß er gem. § 171 AktG aus und begab sie zum Ausgabekurs von 100 % an sich selbst, obwohl ein anderer Aktionär 150 % bot. Der Vorstand konnte allein durch die Tatsache, daß die Aktien nur bestimmten Personen angeboten wurden, keine Interessen der AG verletzten, da dieser gleichgültig ist, wer die neuen Aktien er-

1) Einheitliche Meinung: s. Schilling in Großkomm. AktG, § 84 Anm. 64 ff; Schlegelberger-Quassowski[3], § 84 Anm. 29, 30.
2) BGH 27.9.1956, Bd. 21, 354 ff; BGH 6.10.1960, Bd. 33, 175 ff; zu BGH 21, 354, s. Anm. Mestmäcker in JZ 57, 179; zu BGH 33, 175, s. kritisch Mestmäcker in BB 61/945-952.

hält. Der BGH brauchte allerdings nicht zu entscheiden, ob der übergangene Aktionär unmittelbar Ansprüche gegen die Verwaltung hat, weil dieser nur gegen die AG klagte mit dem Antrag, die genehmigenden HV-Beschlüsse für nichtig zu erklären. Immerhin zählt der BGH zu den Pflichten, die der Vorstand bei der Ausgabe von Aktien zu beachten habe, folgende [1]: Er habe die Belange der Gesellschaft und damit auch der Aktionäre (!) zu wahren, er dürfe einzelnen Aktionären nicht Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft zuwenden und sich nicht von sachfremden Gesichtspunkten leiten lassen. Er sei nicht berechtigt [2], einen beachtlichen, in den neuen Aktien steckenden Mehrwert nur einzelnen, ihm besonders genehmen Aktionären oder Dritten zuzuwenden.

In dem nächsten Urteil zu diesem Fall führt der BGH den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre an [3] und meint, daran sei auch der Vorstand der AG gebunden, wenn er von seiner Ermächtigung Gebrauch mache. Diese vom BGH angeführten Pflichten des Vorstands den Aktionären gegenüber müssen überraschen, wenn man davon ausgeht, daß keine Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären und dem Vorstand bestehen. Das beweist aber, daß die Doktrin, die Aktionäre stünden nicht in unmittelbaren Rechtsbeziehungen zu den Mitgliedern der Verwaltung, als rechtspolitisch verfehlt erscheint. Sie ist auch dogmatisch nicht notwendig [4]. Sie veranlaßt Wiethölter zu der Feststellung [5], daß derjenige, der es nicht wage, das deutsche System der Verwaltungsverantwortlichkeit und der Klagerechte des Einzelaktionärs grundsätzlich umzustoßen, den einzelnen Aktionären nicht helfen könne. Dieses System umzustoßen ist jedoch deshalb schwierig, weil es nicht nur eine Doktrin ist, sondern dem geltenden Aktiengesetz zugrunde liegt. Einmal ist das dem Wortlaut des § 84, II AktG zu entnehmen, zum anderen zeigt das § 122 AktG. Nach dieser Vorschrift kann eine Minderheit von 10 % verlangen, daß Ansprüche der Gesellschaft gegen Mitglieder des Vorstandes geltend gemacht werden. Diese Bestimmung wäre unverständlich

1) BGH 21/357. Eine übersichtliche Zusammenstellung der Pflichten findet sich bei Wiethölter, S. 118
2) BGH, a.a.O., S. 358 o.
3) BGH 33/186 unter Berufung auf Götz Hueck
4) Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt, S. 212
5) Interessen und Organisation der AG ...., 1961, S. 130

und überflüssig, wenn den Aktionären unmittelbare Ansprüche gegen den Vorstand zuständen. Das Gesetz ist so eindeutig, daß andere Auslegungsmöglichkeiten ausgeschlossen sind und deswegen auch die dem Aktiengesetz zugrunde liegende Doktrin schwerlich von einer anderen abzulösen ist [1]. Die Begründung dieser Doktrin ist in der gesetzestechnischen Konstruktion der AG als juristische Person zu suchen: Das Vermögen, das der Vorstand verwaltet, gehört nicht den Aktionären, sondern der AG. Aus dieser gesetzestechnischen Konstruktion wird weiter abgeleitet, daß der Vorstand auf Grund der Bestellung und des Anstellungsvertrages (§ 75 AktG) nur mit der AG in einem Rechtsverhältnis steht [2]. Diese rechtstechnische Konstruktion verdeckt die Tatsache, daß der Vorstand letztlich das Vermögen der Aktionäre verwaltet, das sich nur in die Beteiligung an der AG gewandelt hat.

Die Konsequenzen, die sich daraus ergeben, daß man diese Doktrin auch auf das Verhältnis der Aktionäre zu Dritten also auch Großaktionären überträgt, zeigt die bereits erwähnte RG-Entscheidung aus dem Jahre 1933 [3]. Der Sachverhalt, in Kürze wiederholt, war so, daß eine GmbH als Mehrheitsaktionärin einer AG durch einen HV-Beschluß erreichte, daß ein IG-Vertrag zwischen der GmbH und der AG zum Nachteil der AG geändert wurde. Nun klagten die Aktionäre gegen die GmbH auf Feststellung, daß die Abänderung des Vertrages nichtig sei. Die Vorinstanz und RG wiesen die Klage ab, weil die Kläger kein Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) hätten. Der Kern der Entscheidung besteht darin, daß die Kläger mangels eigener Ansprüche nur Rechtsbeziehungen der AG zur GmbH feststellen lassen können, sie aber nicht zur Geltendmachung von Ansprüchen der AG befugt seien [4]. Zur Verfolgung der Ansprüche und Rechte der Gesellschaft seien nach dem Gesetz einzig allein die Gesellschaftsorgane als solche

---

1) s. RG 23.5.1906, Bd. 63/S. 324 ff, insbesondere 328 o. RG 4.2.1910, Bd. 73/30 ff (für GmbH)
2) Schilling in Großkomm. AktG, § 84 Anm. 38
3) RG 142/223 ff.
4) RG 142/228.

berufen; sie und nur sie vertreten die Gesellschaft "Dritten" gegenüber.

Die Entscheidung ist nicht zufriedenstellend, wie kritische Besprechungen zeigen, die eine andere Lösung anstreben [1].

Zunächst soll gezeigt werden, wie weit dem geschädigten Aktionär geholfen werden kann, wenn man die herrschende Auffassung zugrunde legt, er stünde nur zur AG in Rechtsbeziehungen. Eine Lösung liegt in der Annahme einer Treuepflicht der AG zum Aktionär [2]. Sie läßt sich ohne Schwierigkeiten damit begründen, daß der Aktionär sein Geld mit Zahlung der Einlage der AG anvertraut und diese gehalten ist, das nun ihr gehörende Vermögen im Interesse der Aktionäre zu nutzen. Die AG ist treuhänderisch gegenüber den Aktionären gebunden. Die AG hat also eine Treuepflicht gegenüber den Aktionären, kraft deren sie verpflichtet ist, die Interessen der Aktionäre zu wahren. Die Treuepflicht beruht auf dem "körperschaftlichen" Rechte- und Pflichtenverhältnis [3], das auch die Anwendung der Grundsätze der positiven Forderungsverletzung gestattet [4]. Da die AG als solche nicht handlungsfähig ist und so die Treuepflicht nicht selbst verletzen kann, kann sie jedoch nur über §§ 31, 278, 831 BGB für die Handlungen natürlicher Personen haften, die ihr zuzurechnen sind. Nach § 31 BGB haftet die AG den Aktionären [5] nur für Verschulden des Vorstands und nach wohl herrschender Lehre [6] auch für das Verschulden der HV. Eine Haftung für den Großaktionär

---

1) s. Krückmann in: ZHR 102 (1936), S. 208-215 und v. Godin in: AcP 141 (1935), S. 212-223; ("Besitzt der Aktionär einer vorsätzlich durch unerlaubte Handlung eines Dritten geschädigte AG einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger auf Ersatz des durch die Entwertung entstandenen Vermögensverlustes? " Diese Frage wird - resignierend - verneint, s. S. 223).
2) So ähnlich z.B. Knöpfel, Diss. München, 1954, S. 66 f, für Treuepflicht im Recht der GmbH.
3) Ennecc. - Nipperdey, § 112, III, S. 443.
4) RG 28.2.1938 in Deutsche Justiz 38/728 ff; (730 l.Sp./r. Sp.); RG 5.5.1930 in JW 30/3473 Nr. 3
5) Staudinger-Riezler, § 31 Anm. 11
6) Soergel-Siebert, § 31; Ennecc.-Nipperdey, § 112, I, S. 433; N 3 a.A. Staudinger-Riezler, § 31 Anm. 15.

der auf die AG Einfluß nimmt, läßt sich jedoch auf diese Weise nicht begründen. Denn dieser ist kein Organ, sondern übt nur Organfunktionen aus. Daran läßt sich zwar eine eigene Haftung kraft Gesetzes anknüpfen, aber keine Haftung der AG. Aus ähnlichen Gründen entfällt eine Haftung aus § 278 BGB (soweit man mit der wohl h. L. § 278 anweden will) und § 831 BGB. Der Großaktionär ist nicht gesetzlicher Vertreter, weder Erfüllungsgehilfe noch Verrichtungsgehilfe der AG, sondern drängt sich gewissermaßen der AG auf. Es läßt sich also festellen, daß sich eine Haftung der AG gegenüber den Kleinaktionären für Handlungen des Großaktionärs nicht begründen läßt.

Eine andere Lösung unter Beibehaltung des Grunsatzes, daß nur der AG Ansprüche gegen den Dritten zustehen, hat Krückmann [1] vorgeschlagen:

Die Aktionäre seien ermächtigt, den Anspruch der AG im Klagewege geltend zu machen und bis zum Betrage ihres eigenen Interesses auszuüben [2]. Diese Ermächtigung leitet er aus dem Grundsatz von Treu und Glauben als dem §§ 133, 157, 242 BGB zu Grunde liegenden Grundsatz ab [3]. Es stehe kraft der absoluten Vorschrift des § 157 BGB fest, daß die Aktionäre nicht durch Mehrheitsbeschluß in ihren berechtigten Belangen verkürzt werden könnten, und dann müsse ihnen auch das Recht, ihre berechtigten Belange zu verfolgen, zur Verfügung stehen [4]. Diese Ermächtigung der Aktionäre, Ansprüche der AG gegen Dritte im eigenen Namen geltend zu machen sollen sie nur haben, wenn die AG sich weigert, es zu tun. Diese Lösung gibt den Aktionären wenigstens ein Klagerecht für die Ansprüche der AG. Es wird dabei jedoch nicht ganz klar, ob sie mit Klage Leistung an sich oder an die AG verlangen können sollen. Die Formulierung, daß die Aktionäre den Anspruch der AG "ausüben" können [5], spricht für Leistung an die Aktionäre selbst. Diese Lösung führt über einen Umweg zu einem Ergebnis, das auf jeden Fall der starren, auch der RG-

1) in ZHR 102 (1936)/208-215.
2) a.a.O. S. 212 u.
3) a.a.O. S. 213
4) a.a.O. S. 213 M.
5) a.a.O. S. 212 u.

Entscheidung [1] zugrunde liegenden Doktrin vorzuziehen ist.

Eine weitere Lösung, die zu unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen dem Aktionär und einem die AG schädigenden Dritten führte, hat das Reichsgericht in einem Urteil zur Treuepflicht der Aktionäre [2] erörtert und verworfen [3]. Es ist die Frage, ob ein die AG schuldhaft schädigender Dritter eine unerlaubte Handlung gegenüber den Aktionären nach § 823, I BGB begeht, das das Recht des Aktionärs, an der AG, verkörpert durch die Aktien, ein "sonstiges Recht" i. S. des § 823, I BGB ist. Zu dieser zunächst frappierend erscheinenden Lösung meint das RG, die Aktie sei zwar ein "sonstiges Recht" i.S. des § 823 I BGB [4], sie könne aber nicht dadurch i.S. dieser Bestimmung widerrechtlich verletzt werden, daß ihr Wert durch Handlungen, die den Wert und die Ertragsfähigkeit der AG schmälern, gemindert werde, sondern nur dadurch, daß der Aktionär um die Aktienrechte selbst ganz oder teilweise gebracht wird. Die Begründung des RG leuchtet nicht unmittelbar ein, ist aber dennoch richtig. Das ergibt schon die Erwägung, daß die Haftung für eine allgemeine Vermögensschädigung, die durch § 823, I BGB ausgeschlossen ist, bei AGen durch eine Hintertür wieder hineinkäme: Die AG hätte zwar keine Ansprüche wegen einer allgemeinen Vermögensbeschädigung, aber die Aktionäre, weil ein sonstiges Recht von ihnen (die Aktie) verletzt ist. Ein unmittelbarer Anspruch aufgrund unerlaubter Handlung kann den Aktionären nur aufgrund und unter den Voraussetzungen des § 826 BGB zustehen. Eine vorsätzliche sittenwidrige Vermögensschädigung kann auch durch eine Wertminderung der Anteile an einer juristischen Person geschehen. Auch § 101 AktG schützt die Aktionäre unmittelbar, weil dies nur eine Sondervorschrift zu § 826 BGB ist. Das ergibt auch die Fassung des § 101 I AktG, "zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre". In den Fällen des § 826 BGB und § 101 AktG haben demnach die AG und die Aktionäre nebeneinander Ansprüche

1) RG 142/223 ff.
2) RG 21.9.1938. Keine Treuepflicht der Aktionäre untereinander, Bd. 158/248 ff.
3) a.a.O., S. 255.
4) unter Berufung auf RG 100/278 für Anteil an GmbH.

gegen den schädigenden Dritten. Der Regierungsentwurf zum Aktiengesetz hat deswegen § 113 EAktG in diesem Punkte gegenüber § 101 AktG geändert [1].

Der Überblick über die verschiedenen Lösungsvorschläge hat gezeigt, daß sich Ansprüche der Kleinaktionäre gegen den die Gesellschaft schädigenden Großaktionär nicht oder nur auf Umwegen [2] begründen lassen, wenn man davon ausgeht, daß keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären bestehen. Selbst die von Krückmann [3] vorgeschlagene Lösung führt jedoch nicht zum Erfolg, wenn nur die Kleinaktionäre, aber nicht die AG als solche geschädigt worden sind. Das liegt gerade bei den besonders krassen Fällen vor: z.B. bei der Abführung des Reingewinns an den Großaktionär auf Grund eines Organschafts- oder sonstigen Konzernvertrags, oder wenn der Großaktionär neue Aktien auf Grund einer Kapitalerhöhung nur sich selbst zuteilt. Um zu diesem Ziel zu gelangen, kann er sich sogar der Gefahr der Anfechtung des HV-Beschlusses nach § 197, II AktG entziehen. Dazu braucht er nur durch einen HV-Beschluß nach § 169 AktG den Vorstand zur Kapitalerhöhung ermächtigen und diesen nach § 171 AktG über den Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts entscheiden und sich selbst die neuen Aktien geben zu lassen. Es fragt sich also, ob man wirklich eine Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber den Kleinaktionären mit Notwendigkeit verneinen muß.

In der Literatur wird die Frage, ob Rechtsbeziehungen zwischen Aktionären überhaupt möglich sind, und ob eine Treuepflicht zwischen den Aktionären besteht, oft nicht getrennt behandelt. Die Unterscheidung ist auch praktisch unbedeutend. Nach Hueck [4] kann keine Rede davon sein, daß die einzelnen Aktionäre untereinander durch ein Treueband verbunden wären. Die Aktionäre kennten einander vielfach überhaupt nicht und es wäre reine Illusion, hier von Treuebindungen zu sprechen. Würdinger [5]

---

1) s. auch die Begründung zum Reg.Entw. "zu § 113", 6.Abs.
2) so die Lösung von Krückmann in ZHR 102/208-215.
3) Krückmann a.a.O.
4) in Baumbach-Hueck, AktG, Übersicht 2 (B)vor § 48; in Der Treuegedanke, S. 15, in Gesellschaftsrecht[9], S.157.
5) AktRecht, § 2 III = S. 13.

zieht aus der Rechtsfähigkeit der AG die Folgerung, daß die Aktionäre kraft ihrer Mitgliedschaft nur mit der AG, nicht aber untereinander in Rechtsbeziehungen stünden, weshalb die Gesellschafter-Klage (Gegensatz: deliktische Klage) unter den Mitgliedern nicht gegeben sei; ausgeschlossen sei deshalb die Klage eines Aktionärs gegen einen anderen Aktionär auf Schadensersatz. Andererseits sieht er das Treuepflichtproblem darin [1], nach welchen Gesichtspunkten die Herrschaft des Mehrheitswillens gegenüber der Minderheit zu beschränken sei. Die Lösung sieht er im Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre [2]. Dabei ist, wie vielfach bei Behandlung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung und auch der Treuepflicht nicht klar, ob dieser Grundsatz den Mehrheitsaktionär gegenüber der Gesellschaft (natürlich im Interesse der Minderheit) oder gegenüber der Minderheit bindet, so daß diese auf Grund der Verletzung dieses Grundsatzes unmittelbar Ansprüche gegen die Mehrheit haben kann, oder ob diese nur über das Medium der AG zu leiten sind, (Ansprüche an die AG, die dann Regress gegen die den Grundatz verletzenden Großaktionäre nehmen kann). Offen bleibt also vielfach, wem gegenüber die Aktionäre das Recht auf gleichmäßige Behandlung haben: gegenüber der AG, gegenüber der Verwaltung oder gegenüber den anderen Aktionären. Diese Frage bleibt vielfach deshalb unbeantwortet, weil man als Rechtsfolge nur die Anfechtung eines den Gleichheitssatz verletzenden Hauptversammlungsbeschlusses behandelt. Klagegegner ist immer die AG (§ 199 Abs. 2 AktG), und die Klagebefugnis ergibt sich aus § 198 AktG, so daß man näheren Erörterungen enthoben ist.

Nach Schmidt-Meyer-Landrut [3] besteht zwischen den Aktionären keine Treuebindung, weil sie in Rechtsbeziehungen nur zur AG stehen [4].

Gierke [5] sagt gleichfalls, daß sich bei einem Verein im

---

1) Würdinger, S. 45
2) Würdinger, S. 46
3) in Großkomm.AktG, § 1 Anm. 8 b, unter 3)
4) ebenso Schilling in JZ 1953, S. 489 ff (492)
5) in ZHR 111, S. 190 ff (196) mit Anm. 3)

Gegensatz zur Gesellschaft die Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander zu Rechten und Pflichten gegenüber der neuen Rechtsperson versteift hätten [1]. Die Treuepflicht entfalte daher ihre volle rechtliche Wirkung nur im Verhältnis zwischen dem einzelnen Mitglied und dem Verein.

Auf der anderen Seite setzt man sich heute über die Bedenken, daß bei einer juristischen Person keine Rechtsbeziehungen untereinander bestehen, hinweg. Bezeichnend sind dafür z.B. Zöllners Ausführungen [2]: Das Mitgliedschaftsrechtsband bestehe zwar nur zwischen Verband und Gesellschafter, die Mitglieder stünden aber auch untereinander in einem Gemeinschaftsverhältnis im weiteren Sinne, das eine für die Anwendung mindestens des Grundsatzes von Treu und Glauben ausreichende Sonderverbindung darstellt.

Mestmäcker [3] will die Möglichkeit unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären nicht ablehnen. Ebenso bejaht er, wenn auch nicht ausdrücklich, das Bestehen von Treuebindungen zwischen herrschenden Aktionären und Minderheitsaktionären.

Fechner [4] kommt zur Annahme von Treuebindungen der Aktionäre untereinander, die durch den Satz von der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre konkretisiert würden [5]. Er begründet die aus § 242 BGB abgeleitete Treuebindung damit, daß der Satz von Treu und Glauben nicht auf bestimmte, insbesondere nicht auf obligatorische Beziehungen beschränkt sei, sondern sämtliche Rechtsverhältnisse im weitesten Sinne erfasse [6]. Fechner sieht in den Treuebindungen zwischen den Aktionären keinen Widerspruch zur Rechtsnatur der AG als juristischer Person [7], weil die Aktie als Grundlage der Mitgliedschaft bei der AG [8] zugleich das dem aktienrechtlichen Mitgliedschaftsverhält-

---

1) s. auch Gierke in Handelsrecht, II. Teil, 5. Aufl. 1941, S. 85
2) Schranken, S. 350
3) Konzerngewalt, S. 350
4) Die Treuebindungen des Aktionärs, S. 88
5) Fechner, a.a.O., S. 93-95
6) Fechner, a.a.O., S. 88
7) Fechner, a.a.O., S. 91
8) Fechner, a.a.O., S. 89

nis eigentümliche Band verkörpere, das die Aktionäre untereinander verbinde.

Das ist jedoch das Kardinalproblem, die Annahme von Treuebindungen unter den Aktionären bedeutet die Annahme von Rechtsbeziehungen unter den Aktionären; sind diese aber mit dem Wesen der AG als juristische Person vereinbar? Die radikalste, aber auch konsequenteste Lösung hat schon früher Wieland [1] darin gesehen, daß er sämtliche Handelsgesellschaften, also auch die AG und die GmbH, als Gesellschaften ansah, in denen unter den einzelnen Gesellschaftern unmittelbare Rechtsbeziehungen bestehen. Er geht also davon aus, daß, ebenso wie bei Personalgesellschaften, die Aktionäre untereinander durch einen Gesellschaftsvertrag gebunden sind. Dieser Auffassung liegt die Vorstellung zugrunde, daß man zu einer Treuepflicht nur auf Grund eines Vertrages gelangen kann [2]. Diese Lösung ist mit den tatsächlichen und rechtlichen Sachverhalten nicht in Übereinstimmung zu bringen. Die Satzung einer AG ist mit dem Gesellschaftsvertrag einer oHG oder KG nicht zu vergleichen. Das zeigt sich schon darin, daß jeder Wechsel eines Gesellschafters in Personalgesellschaften eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bedeutet, während der Verkauf einer Aktie die Satzung der AG nicht berührt. Es ergibt sich daher die Frage, ob man nicht ohne vertragliche Grundlage zu einer Treuepflicht der Aktionäre untereinander gelangen kann.

Wieland vollzieht noch einen weiteren Schritt. Er leugnet zwar nicht, daß Kapitalgesellschaften juristische Personen seien, relativiert aber die juristische Persönlichkeit: Kapitalgesellschaften seien Gemeinschaften zur gesamten Hand, insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen der Mitglieder sei, juristische Personen insoweit sie nach außen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger rechtlich behandelt würden [3]. Diese Ansicht hat jedoch keinen Widerhall gefunden und widerspricht auch der klaren gesetzlichen Regelung (§ 1 AktG und § 1 GmbHG) [4].

---

1) Handelsrecht, Bd. I, 1921 und Bd. II 1931
2) s. Degen in JW 1929, S. 1346-1347 und auch Paulick, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, 1956, S. 201
3) Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 425
4) Eine eingehende Stellungnahme gegen Wieland findet sich

Es fragt sich jedoch, ob man soweit gehen muß, die Rechtsfähigkeit der AG zu relativieren, um zu unmittelbaren Rechtsbeziehungen der Aktionäre untereinander zu gelangen. Der Gedankengang ist wohl folgender: Einer juristischen Person gehört ihr Vermögen. Schädigt also ein Aktionär das Vermögen der AG, dann ist nur die AG unmittelbar verletzt. Der Aktionär hat nur eine Beteiligung, die ein Rechtsverhältnis ist, welches ihm einen Wertanteil an dem Gesellschaftsvermögen vermittelt, auf welches sie sich bezieht [1]. Diese Beteiligung ist aber nur ein Rechtsverhältnis zur AG.[2] Eine Schädigung des Vermögens der AG schädigt den Aktionär nur mittelbar, indem der Wert seiner Beteiligung gemindert wird. Der Aktionär hat bei einer Schädigung der Gesellschaft als nur mittelbar Geschädigter keine Ansprüche.

In diesem Gedankengang werden zwei Gesichtspunkte miteinander vermengt. Die Frage, ob der mittelbar Geschädigte Ansprüche gegen den Schädiger hat, wird gleichgesetzt mit der Frage, ob zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten schon vorher Rechtsbeziehungen bestehen. In Wirklichkeit hängt die Beantwortung der ersten Frage von der zweiten ab. Das bedeutet, daß der mittelbar Geschädigte keinen Anspruch gegen den Schädiger hat, wenn keine Rechtsbeziehungen zwischen beiden bestehen. So hat bei einer unerlaubten Handlung grundsätzlich nur der unmittelbar Verletzte Ansprüche (Ausnahmen: §§ 840 f BGB). Begeht jemand innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses eine positive Forderungsverletzung, hat nur der Vertragspartner Ansprüche, nicht aber der mittelbar Geschädigte. Für das Aktienrecht stellt sich also das Problem wie folgt: Hat der Aktionär, obwohl er wegen der Rechtsfähigkeit der AG nur mittelbar geschädigt ist, Ansprüche gegen den schädigenden Mitaktionär, weil zwischen beiden unmittelbare Rechtsbeziehungen bestehen? Diese Frage braucht trotz der Rechtsfähigkeit der AG nicht verneint zu werden. So sagt auch Schlegelberger [3] zu Recht, daß bei unbefangener Betrachtung die Frage, ob einer Personenvereinigung eigene Rechtspersönlichkeit verliehen wird, nichts mit der anderen Fra-

---

1) Würdinger, AktRecht, § 9 II = S. 39
2) Würdinger, a.a.O.
3) Schlegelberger-Quassowski[3], § 48 Anm. 2

ge zu tun habe, ob zwischen den sie tragenden Personen unmittelbare Rechtsbeziehungen anzuerkennen seien. Es ist also möglich, daß ein Aktionär verpflichtet ist, auf die Interessen der anderen Aktionäre Rücksicht zu nehmen, wenn er auf Grund seiner Aktionärsstellung irgendwelche Handlungen in Bezug auf die AG vornimmt, und daß die Verletzung dieser Pflicht den Aktionären unmittelbare Ansprüche gewährt. Das bedeutet, daß eine Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber den Kleinaktionären nicht mit Notwendigkeit verneint werden muß.

Die Treuepflicht läßt sich allerdings nicht, wie es Wieland [1] macht, durch einen Vertrag zwischen den Aktionären begründen. Die AG ist keine Gesellschaft in dem Sinne, daß zwischen den einzelnen Aktionären ein Gesellschaftsvertrag besteht, der Rechte und Pflichten zwischen den Aktionären begründet. Vielmehr ist die AG mit der hL [2] als Verein anzusehen, dessen Grundlage die Satzung ist, die nur Rechtsbeziehungen der Aktionäre zur AG kennt [3]. Eine Treuepflicht läßt sich auch nicht aus dem Gedanken eines Gemeinschaftsverhältnisses zwischen den Aktionären begründen. Von einem Gemeinschaftsverhältnis in dem Sinne zu sprechen, daß die Aktionäre untereinander personenrechtlich verbunden sind, ist, nach dem Ausspruch Huecks, "reine Illusion" [4]. Daß zwischen dem Großaktionär und den Kleinaktionären, die sich selten gegenseitig kennen und selten miteinander in Berührung kommen, ein Gefühl der Verbundenheit besteht, kann nicht ernsthaft behauptet werden [5]. Es geht ja auch um etwas anderes: es soll keine Verbundenheit der Aktionäre untereinander, sondern eine Gebundenheit des Großaktionärs gegenüber den Kleinaktionären begründet werden [6]. Dazu ist es notwendig, ganz allgemein von Rechtsbeziehungen der Aktionäre untereinander auszugehen. Vielmehr kann eine Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber den Kleinaktionären genauso wie die Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber der Gesellschaft als ein besonde-

---

1) Handelsrecht, I. Bd. (1921), S.389, 396-434 (434), S. 450-473 - sog. monistische Lehre.
2) s. Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. § 1 Anm. 3
3) ähnliche Stellungnahme zu Wieland findet sich bei Fechner, Treuebindung des Aktionärs, 1942, S. 40, 41.
4) s. Hueck, Gesellschaftsrecht 11 (1963), § 27,IV = S. 160
5) s. auch Fechner, Treuebindungen des Aktionärs, 1942, S.52-58 (58).
6) ähnlich Dorpalen, Die Treuepflicht des Aktionärs, in ZHR 102 (1936), S. 1 ff (28).

res Schuldverhältnis angesehen werden, das seine Grundlage in der gemeinsamen Mitgliedschaft in der AG hat. Es entsteht unter den gleichen Voraussetzungen wie das zur AG, nämlich durch die faktische Ausübung von Organfunktionen. Sie im Gegensatz zur Treuepflicht der Verwaltungsmitglieder auch auf das Verhältnis zu den Kleinaktionären auszudehnen, ist möglich. Die aus der Rechtsnatur der AG als juristische Person abgeleitete Doktrin, daß zwischen den Aktionären keine Rechtsbeziehungen bestünden, gilt eben nicht für jeden Fall. Es gibt vielmehr eine Ausnahme für den Großaktionär. Bei den Verwaltungsmitgliedern ist, wie gezeigt worden ist, die Doktrin fehlender Rechtsbeziehung zu den Aktionären geltendes Recht geworden. Nicht jedoch die Doktrin von fehlenden Rechtsbeziehungen der Aktionäre untereinander. Hier gibt es also nicht die unüberwindliche Barriere, die eine eindeutige gesetzliche Regelung bildet. Darum ist es möglich, von dieser Doktrin, die für den Regelfall anzuerkennen ist, eine Ausnahme zu bilden. Diese Ausnahme trifft wiederum den Unternehmeraktionär. Sie besteht in einem aus der Mitgliedschaft entstehenden Schuldverhältnis zwischen Großaktionär und Kleinaktionären unter der Voraussetzung, daß der Großaktionär aufgrund seiner Stellung einen beherrschenden Einfluß auf die AG hat und ausübt, d.h. wenn er Organfunktionen ausübt [1].

Der Inhalt der Treuepflicht besteht in der Verpflichtung, jede Schädigung der Kleinaktionäre bei der Ausübung von Organfunktionen zu unterlassen.

7.5 Verhältnis zwischen der Treuepflicht des Großaktionärs zur AG und der Treuepflicht zu den Mitaktionären

Nachdem eine Treuepflicht des Großaktionärs zu den Mitaktionären begründet worden ist, ist ihr Verhältnis zu der Treuepflicht zur AG zu klären.
Sie können gleichberechtigt nebeneinander bestehen und erfordern gegebenenfalls nur einen Ausgleich zwischen den Kleinaktionären und der Gesellschaft. Die Treuepflicht zu den Aktionären kann aber auch subsidiär sein. Das bedeutet

1) Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären untereinander halten grundsätzlich ebenfalls für möglich: Fechner, Treuebindungen, S. 88; Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 356; Zöllner, Schranken, S. 350; ähnlich auch Ulmer in BB 64, 664 ff (S. 667 unter bb)

mit anderen Worten, daß für die Treuepflicht zu den Mitaktionären eine weitere zusätzliche Voraussetzung gegeben sein muß. Sie könnte etwa darin bestehen, daß die AG auf ihre Ansprüche gegen den Großaktionär verzichtet oder einfach in der Tatsache, daß die Ansprüche von der AG nicht geltend gemacht werden. Es ist angebracht, einen Tatbestand vorauszuschicken und auszuscheiden: Wenn nur das Interesse der Mitaktionäre verletzt wird, nicht aber das der Gesellschaft (z.B. Gewinnabführung an Großaktionär, Zuteilung junger Aktien nur an Großaktionär), dann haben die Mitaktionäre aufgrund der Treuepflicht ohne weiteres Ansprüche gegen den Mehrheitsaktionär [1].

Problematisch können nur die Fälle sein, in denen das Interesse der AG und damit immer auch das der Mitaktionäre durch den Großaktionär verletzt wird.

Das gleiche Problem taucht im Rahmen des § 101 AktG und bei § 84, II AktG auf, wenn die Vorstandsmitglieder außer der Gesellschaft über § 826 BGB oder §§ 823, II BGB, 294 AktG den Aktionären unmittelbar haften. Es kann deswegen hierfür von den im Schrifttum erörterten Lösungsmöglichkeiten ausgegangen werden [2].

Abzulehnen ist für die hier behandelte Konkurrenz der Treuepflichtverletzungen die Ansicht [3], daß die Mitaktionäre Ansprüche aufgrund der Treuepflichtverletzung nicht eher geltend machen können, als bis das mangelnde Interesse der Gesellschaft an der Verfolgung ihrer Ansprüche feststehe. "Die Wartepflicht könnte dem bedauernswerten Aktionär teuer zu stehen kommen", meint Ritter [4] hierzu mit Recht. Schwierig ist auch, welche Anforderungen an die Feststellung des mangelnden Interesses der Aktiengesellschaft zu stellen sind. Entscheidend für die hier zu erfassenden Sachverhalte ist jedoch, daß diese Voraussetzung ein sinnloser Formalismus wäre. Wenn ein Großaktionär eine AG seinem Unternehmen ein-

---

1) s. RG 10.Nov. 1926, Bd. 115/285 ff (295)
2) s. Schlegelberger-Quassowski 3, § 101, Anm. 7; § 84 Anm. 30 1. Abs.; Schilling in Großkomm.AktG § 84 Anm. 73-75, und Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm.AktG § 101 Anm. 9; Ritter 2, (1935), § 84 Anm. 14 (worauf in § 101 Anm. 2 d) verwiesen wird; v. Godin-Wilhelmi^2 (1950), § 84 Anm.I; RG 10.11.1926, 115/285 ff (296), RG 5.3.1938, 157/312 (216) = JW 38/1653 m. Anm. Ruth; Klausing in Festschr. f. Schlegelberger (Treupflicht des Aktionärs), S.405 ff, 432.
3) Klausing, a.a.O., und ihm folgend Schlegelberger, a.a.O., § 84 Anm.29,2.Abs.;ähnlich Schilling in Großkomm.§ 84,Anm.74.
4) § 84 Anm. 12

gliedert, hat der Vorstand keine unabhängige Stellung mehr, so daß es gerade typisch für eine abhängige Konzerngesellschaft ist, daß sie ihre Interessen nicht gegenüber dem Großaktionär zwangsweise durchsetzt. Man würde also den bei der Eingliederung allein schutzwürdigen Kleinaktionären einen schlechten Dienst erweisen, wollte man sie erst noch zu der Feststellung nötigen, daß der Vorstand Ansprüche der AG nicht verfolgt.

Die Treuepflichten des Großaktionärs gegenüber der AG und den übrigen Aktionären bestehen also gleichzeitig nebeneinander.

Dennoch ist eine Doppelhaftung auszuschließen. Der Großaktionär braucht also ähnlich wie gegenüber Gesamtgläubigern [1] nur einmal zu leisten, entweder der AG oder den Aktionären. Soweit er der AG leistet, ist das klar, weil dann das Interesse der Aktionäre nicht mehr verletzt ist. So würde z.B. bei Leistung an die AG nach Klageerhebung durch die Aktionäre die Hauptsache erledigt sein.

Wenn und soweit der Großaktionär an einen Kleinaktionär leistet, hat die AG jedoch noch einen Schaden. Trotzdem hat die AG gegen den Großaktionär keinen Anspruch mehr. Das ergibt eine analoge [2] Anwendung des § 429 Abs. III i.V. mit § 422 Abs. I, Satz 1 BGB, wonach die Erfüllung an einen Gesamtgläubiger auch für die übrigen Gläubiger wirkt. Ein Ausgleich zwischen Gesellschaft und Aktionären, wie § 430 BGB voraussetzt, findet jedoch nicht statt. Leistet der Großaktionär erst an einen Kleinaktionär und dann an die Gesellschaft, kann er die Leistung grundsätzlich von der Gesellschaft nach § 812 BGB herausverlangen, es sei denn, er wußte, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war (§ 814 BGB) [3]. Auf die Schwierigkeiten, die die Schadensberechnung bereitet, wenn ein Aktionär Schadensersatz wegen einer Treuepflichtverletzung verlangt, wird im Abschnitt 8.121 einzugehen sein.

---

1) AG und Aktionäre sind nicht i.S. des § 428 BGB Gesamtgläubiger, weil nur die AG, nicht aber der einzelne Aktionär "die ganze Leistung fordern kann".

2) Eine direkte Anwendung ist nicht aus dem in der vorhergehenden Anmerkung genannten Gründen möglich.

3) Abzulehnen ist also die Lösung von Ritter[2], 1939, § 84 Anm. 14, der dem Vorstandsmitglied, das der Gesellschaft später als dem Aktionär zahlt, einen Anspruch nach § 812 BGB gegenüber dem Aktionär gibt.

8. Rechte der Kleinaktionäre und der AG bei Verstoß gegen die Treuepflicht durch den Großaktionär

8.1 Rechte im Beteiligungskonzern

8.11 Leistungsanspruch

Auf Grund der Treuepflicht ist der Großaktionär verpflichtet, die Interessen der AG oder der Kleinaktionäre bei der Ausübung von Organfunktionen zu wahren.

Dieser Pflicht korrespondiert auf Seiten der AG und der Kleinaktionäre das Recht auf Wahrnehmung ihrer Interessen. Grundsätzlich kann dieses Recht im Wege der Leistungsklage geltend gemacht werden. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die geschuldete Leistung primär in einer Unterlassung besteht. Der Großaktionär ist nicht verpflichtet, für die AG tätig zu werden. Er ist primär verpflichtet, wenn er für die AG tätig wird, im Interesse der AG zu handeln. Anders ausgedrückt, ist es dem Großaktionär verboten, bei Wahrnehmung von Organfunktionen die Interesse der AG oder der übrigen Aktionäre zu verletzten. Durch diese Verbotsnorm wird die Herbeiführung eines Erfolges - die Schädigung der AG oder der Kleinaktionäre - untersagt. Wie jede Verbotsnorm enthält sie für den Betroffenen eine Unterlassungspflicht [1]. Die Besonderheit bei Unterlassungsansprüchen liegt darin, daß diese, sofern noch keine Verletzung vorgelegen hat, nicht sofort durch Klage geltend gemacht werden können. Soweit es die Vergangenheit und Gegenwart betrifft, ist die Forderung erfüllt, und was die Zukunft betrifft, ist sie noch nicht erfüllbar, also einer noch nicht fälligen Forderung vergleichbar [2].

Diese erwähnte Besonderheit wird im allgemeinen nur für das Deliktrecht bei vorbeugender und wiederherstellender Unterlassungsklage behandelt [3], gilt jedoch ebenfalls für ande-

---

1) Lehmann, Die Unterlassungspflicht, München 1906, 338 Seiten, S. 12

2) s. Ennecc.-Lehmann, Schuldrecht, § 252, IV, = S. 1031 d. 15.Bearb., 1958; Esser, § 29 3. u. 4. = S. 92 u. 93 d. 2. Aufl., 1960.

3) s. Larenz, Schuldrecht II, § 70 (= S. 419 ff der 5.Aufl. 1962); Erman-Drees vor § 823, Anm. 9 c aa); Ennecc.-Lehmann, Schuldrecht, § 252 II (= S. 1011 der 15. Bearb. 1958); Esser, § 211, 3 (= S. 929 f der 2. Aufl. 1960).

Unterlassungsansprüche [1]. Deswegen gelten auch die für deliktische Unterlassungsklage geltenden Grundsätze für den Unterlassungsanspruch der Kleinaktionäre für den Großaktionär.

1. Nach § 256 ZPO kann auch vor der Zuwiderhandlung geklagt werden, wenn zu befürchten ist, daß der Großaktionär der Treuepflicht zuwiderhandeln, also sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde [2]. Mit der Klage nach § 256 ZPO kann gegen den Großaktionär vorgegangen werden, durch den eine die Gesellschaft oder die Kleinaktionäre schädigende Maßnahme droht. Entsprechend dem grundsätzlichen Inhalt der Treuepflicht zielt die Klage auf die Feststellung, daß der Großaktionär die geplante drohende Maßnahme zu unterlassen hat. Beruft sich der Großaktionär hingegen auf das Konzerninteresse, kann infolge der Abwandlung der Treuepflicht mit der Klage nur die Feststellung erreicht werden, daß die Maßnahme so wie sie geplant ist (also ohne Ausgleich an die AG oder Aktionäre durch eine gerechte Gegenleistung) zu unterlassen oder eine Ausgleichsleistung an die AG oder die Kleinaktionäre zu erbringen ist. Infolge der Abwandlung der Treuepflicht durch das Konzerninteresse wandelt sich also der primär gegebene Unterlassungsanspruch in einen positiven Leistungsanspruch, der in der Zahlung der Ausgleichsleistung besteht.

2. Eine weitere Besonderheit des Unterlassungsanspruchs besteht darin, daß auch nach Verletzung des Anspruchs neben einem evtl. gegebenen Schadensersatzanspruch ein Beseitigungsanspruch besteht. Der wichtige Unterschied zum Schadensersatzanspruch besteht darin, daß der Beseitigungsanspruch auch dann gegeben ist, wenn der Verletzer nicht schuldhaft gehandelt hat. Dieser Beseitigungsanspruch wird in aller Regel im Anschluß an die vorbeugende Unterlassungsklage behandelt und auch als wiederherstellende Unterlassungsklage bezeichnet. Sie wird also im allgemeinen nur im Zusammenhang mit der Verletzung absoluter Rech-

---

1) Das läßt Esser, § 29, Ziff. 5 (= S. 93) erkennen, der die Beseitigungsklage (=wiederherstellende Unterlassungsklage) bereits im Zusammenhang mit § 241 BGB behandelt.

2) s. Anm. 3) der Seite 123. Dazu auch Ennecc.-Nipperdey, § 222, II 3 (Bd. II, S. 964 d. 14. Bearb. 1955).

te behandelt [1]. Sie ist aber auch bei vertraglichen oder quasi vertraglichen Unterlassungsansprüchen gegeben [2]. Angesichts der dogmatischen Schwierigkeiten, die die Einordnung der Beseitigungsklage bereitet [3], und der Tatsache, daß sie bislang im allgemeinen nur für Eingriffe in absolute Rechte behandelt wird, ist es nicht möglich, zu diesem Problem ausführlich Stellung zu nehmen. Mit der hL [4] ist jedoch eine Klage auf Beseitigung fortdauernder widerrechtlicher Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter anzunehmen. Daraus ergibt sich, daß eine Klage auf Beseitigung der Treuepflichtverletzung möglich ist, wenn diese eine fortdauernde Beeinträchtigung der Interessen der AG oder der Kleinaktionäre zur Folge hat.

Die Klage zielt auf Beseitigung der Folgen, die sich aus der Zuwiderhandlung gegen das Treuepflichtgebot ergeben. Das entspricht praktisch dem Prinzip der Naturalrestitution bei Schadensersatzansprüchen, bedurfte aber mangels gesetzlicher Grundlagen eigener Anerkennung durch die Rechtsprechung [5]. Die AG oder die Kleinaktionäre müssen so gestellt werden, wie sie stehen würden, wenn der Großaktionär treuepflichtgemäß gehandelt hätte. Primär zielt die Klage darauf, daß der Großaktionär die treuewidrige Maßnahme wieder rückgängig machen muß. Sekundär, infolge der durch das Konzerninteresse gewandelten Treuepflicht, geht sie auf Wiedergutmachung in Form von Zahlung einer Ausgleichsleistung an die AG oder die Kleinaktionäre. In der Gewährung eines Ausgleichsanspruchs liegt die positive Leistung, durch die das treuewidrige Unterlassen des Großaktionärs beseitigt wird.

Dieser Ausgleichsanspruch ist kein anderer als der von der heutigen h.M. für § 101, III AktG und für Konzernverträge geforderte, abgesehen davon, daß er nach hier vertretener Auffassung aus der Treuepflicht abzuleiten ist. Auch insofern besteht Übereinstimmung mit der h.L., als

---

1) s. Anm. 3) der Seite 123
2) s. Anm. 1) der Seite 124
3) Siehe Esser, § 211 Ziff. 4 (= S. 931) und Larenz II, § 70. II (= S. 421).
4) vgl. die vorhergehenden Anmerkungen.
5) Esser, § 29, 5.(= S. 93). Näheres § 211, 3. = S. 929-930.

die Zuerkennung eines Ausgleichsanspruchs kein schuldhaftes Handeln des Großaktionärs, sondern nur Widerrechtlichkeit erfordert. Darin liegt ja das Kennzeichen der Beseitigungsklage.

8.12 Schadensersatzanspruch

Neben dem Beseitigungsanspruch haben die AG und die Kleinaktionäre auch noch einen Schadensersatzanspruch, wenn der Großaktionär seine Treuepflicht schuldhaft verletzt. Der Großaktionär ist schadensersatzpflichtig unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung, weil in dem Verstoß gegen die Treuepflicht ein Verstoß gegen einen nicht deliktischen Unterlassungsanspruch zu sehen ist. Der Verschuldensmaßstab kann der allgemeinen Bestimmung des § 276 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) oder der aktienrechtlichen, für Vorstand und Aufsichtsratsmitglieder geltenden Spezialregelung des § 84, I AktG entnommen werden. Zur Begründung der Treuepflicht wurde ausgeführt, daß sie sich an die Ausübung von Organfunktionen anknüpft und inhaltlich der Treuepflicht der Verwaltungsmitglieder entspräche. Das ist jedoch nicht so zu verstehen, daß auch der Haftungsmaßstab der für die Verwaltungsmitglieder geltenden Vorschrift des § 84, I AktG zu entnehmen ist. Der Inhalt der Treuepflicht richtet sich nur in ihrem objektiven Tatbestand nach der der Vorstands- und Verwaltungsmitglieder, die dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet sind und in ihrem Interesse zu handeln haben (s. § 70 AktG).

Der Haftungsmaßstab des § 84, I AktG kann jedoch nur auf solche Personen Anwendung finden, die auch formell zu Organen bestellt worden sind.

Deswegen bleibt es für den Großaktionär bei der allgemeinen Vorschrift des § 276 BGB. Ein Unterschied zur Haftung von Verwaltungsmitgliedern besteht darin, daß die Beweislast für das Verschulden nicht durch ausdrückliche Vorschrift umgekehrt ist [1]. Es kommt also für die Beweislast auf die streitige Frage an, ob die Beweislastregel des § 282 BGB

1) § 84 Abs. 2 Ziff. 2 AktG

auch für die Haftung des Schuldners aus positiver Forderungsverletzung gilt [1]. Heute kann es als herrschende Lehre gelten [2], daß derjenige, der objektiv seine Vertragspflicht verletzt hat, beweisen muß, daß ihn kein Verschulden trifft. Festzuhalten ist, daß der Großaktionär sowohl der AG als auch den Aktionären zum Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung verpflichtet ist, wenn er schuldhaft gem. § 276 BGB gegen die Treuepflicht verstößt.

8.121 Höhe des Schadens beim Aktionär

Mit großen Schwierigkeiten ist die Berechnung des Schadens eines Aktionärs verbunden. Um diese zu zeigen, diene folgendes Beispiel: Der Großaktionär einer AG von 1 Mill. DM Grundkapital veranlaßt sie, zugunsten eines anderen, billiger produzierenden Konzernunternehmens, auf die Herstellung eines Produktes zu verzichten, wodurch - da ein anderweitiger Ausgleich nicht erfolgt - sich der Gewinn um jährlich 100 000 DM verringert. Der jährliche Schaden der AG beträgt also 100.000,- DM, d.i. 10 % vom Grundkapital. Kann man davon ausgehen, daß auch der Aktionär einen Verlust von 10 % seiner Aktie hat? Geht man vom Nennwert aus, dann beträgt der Schaden bei einer 100 DM-Aktie 10.-- DM im Jahr. Dieser Gesichtspunkt ist für den einzelnen Aktionär aber gar nicht ausschlaggebend. Dieser Schaden wird sich vielmehr zunächst in einer Kürzung oder einem Wegfall der Dividende auswirken. Das wird eventuell zu einem Kursverlust führen, wodurch der Aktionär noch zusätzlich geschädigt würde. Wenn der Aktienkurs zum Beispiel 900 % betrug und die Börse auf das Bekanntwerden der Aufgabe eines Produktes mit einem Kursfall um 90 % auf 810.-- (also um 10 %) reagiert, dann ist sein Schaden 90.-- DM. Vielleicht aber findet überhaupt keine Kursveränderung statt, etwa weil an der Börse derartige Geschäftsinterna nicht publik werden oder trotz der Erlösschmälerung die Dividendenhöhe beibehalten wird. Den Kurs welchen Tages

1) Siehe Erman-Groepper, § 282 Anm. 4)
2) So Staudinger-Werner, Vorbemerkung 59 vor § 275 mit Nachweisen.

soll man außerdem der Berechnung zugrunde legen? Außerdem ist es nicht möglich festzustellen, wieweit Kursänderungen durch eine derartige einzelne Maßnahme der AG hervorgerufen werden. Bei der unendlichen Vielzahl von Faktoren, die die Kurse beeinflussen, kann man einen einzelnen Faktor, wenn überhaupt, nur grob schätzen. Den einzigen Ausweg aus diesem Dilemma bietet m.E. nur folgende Lösung: Auf jeden Fall ist dem Aktionär der Schaden zu ersetzen, der rein rechnerisch durch den Verlust der AG auf seine Aktie entfällt. In unserem Beispiel also 10.-- DM. Diesen Schadensersatzanspruch erhält er unabhängig davon, ob der Kurs gefallen ist oder nicht. Hat der Aktionär infolge eines Kursfalls der Aktie einen höheren Schaden, kann er ihn geltend machen, wenn er in der Lage ist, hierfür den Beweis zu erbringen. Das ist also nur dann der Fall, wenn nachweislich ein dauernder Kursabschlag aufgrund des für die Gesellschaft eingetretenen Schadens festzustellen ist [1].

---

1) Das wäre z.B. für den Schaden der Ilseder Hütte AG aufgrund des Grubenunglücks bei Lengede denkbar!

8.2 Rechte im Vertragskonzern

Grundsätzlich entsprechen die Rechte der AG und der Kleinaktionäre im Vertragskonzern denen im Beteiligungskonzern. Sie können gegen den Großaktionär mit der vorbeugenden Feststellungsklage, der Schadensersatz- und der Beseitigungsklage vorgehen.

Das ist möglich, wenn der Inhalt des Konzernvertrages gegen die Treuepflicht verstößt. Die Treuepflicht ist als ein zwingendes Recht anzusehen, das vertraglich nicht abgeändert werden kann. Der Treuepflicht entgegenstehendes Vertragsrecht ist also wirkungslos, d.h. nichtig: § 134 BGB [1]. Als primäre Unterlassungspflicht bedeutet sie für den Großaktionär ein gesetzliches Verbot. Es ist ihm verboten, die Interessen der AG und der Kleinaktionäre zu schädigen. Als sekundäre Leistungspflicht (Pflicht zur Zahlung einer Ausgleichsleistung) kann man sie als zwingend ergänzende Rechtsnorm [2] ansehen. Als Gebot enthält die Pflicht zur Zahlung des Ausgleichsanspruchs logischerweise das Verbot einer abweichenden Vereinbarung. Es ist ein sich schlechthin durchsetzender Rechtssatz, der entgegenstehende Vereinbarungen nichtig macht und den Ausgleichsanspruch zwingend anordnet [3]. Der treuepflichtwidrige Konzernvertrag der AG mit dem Großaktionär ist deswegen nichtig [4] und legalisiert nicht die aufgrund dieses Vertrages vorgenommenen Weisungen und Maßnahmen des Großaktionärs. Auch Götz Hueck nimmt bei der ähnlich gelagerten Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes Unwirksamkeit des betreffenden Vorgangs an [5]. Die Weisungen des Großaktionärs müssen so beurteilt werden, wie Maßnahmen im reinen Beteiligungskonzern.

---

1) So folgert für Verträge bei Verstoß gegen zwingendes Recht Esser § 8, 2 (= S. 23 der 2. Auflage 1960).
2) nach Enneccerus-Nipperdey § 49, IV 2 b (=S. 303, 15. Bearb.)
3) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.
4) Ähnlich Zartmann in AG 64, 87 und 91
5) Der Grundsatz der gleichen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 328 und 329.
Siehe auch § 293, III, 1, Regierungsentwurf zum AktG

Praktisch bedeutet das, daß die Konzernverträge eine angemessene Gegenleistung entweder an die AG oder die Aktionäre vorsehen müssen. Was darunter zu verstehen ist, ergeben die Ausführungen im Abschn. 7.331. Hierdurch ist insbesondere auch ausgeschlossen, daß in einem Gewinnabführungsvertrag, z.B. einem Organschaftsvertrag, keine oder eine zu geringe Ausgleichszahlung an die konzernfreien Aktionäre (Dividendengarantie) vorgesehen ist [1]. Wichtig ist die Feststellung, daß auch ein HV-Beschluß nach § 296 AktG einen nichtigen Konzernvertrag nicht heilen kann. Das ergibt sich aus der Eigenart von HV-Beschlüssen. Sie gelten nur für das Innenverhältnis, das heißt das Verhältnis der Gesellschaft zu den Aktionären und zu den anderen Organen. Für das Außenverhältnis, das heißt das Verhältnis zu Dritten, dagegen sind die HV-Beschlüsse nicht maßgebend [2]. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Kleinaktionären und den Großaktionären gehören nicht dem Innenverhältnis an. Daraus folgt, daß ein auch gültiger HV-Beschluß den nach § 134 BGB nichtigen Vertrag nicht heilen kann, soweit die Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber den Kleinaktionären verletzt worden ist. Es kann sich auch der Kleinaktionär, der in der HV dem Vertrag zugestimmt hat, in der Regel auf dessen Nichtigkeit berufen. Es ist nicht möglich, den einheitlichen Vertrag aufzuspalten und für verschiedene Aktionäre verschieden zu behandeln. Der Vertrag ist selbst dann nichtig, wenn er einstimmig in der HV genehmigt worden ist, weil sonst auch Aktionäre, die erst später Mitglied werden (künftige Aktionäre), gebunden werden. Etwas anderes gilt nur für den Fall, daß die AG sich ganz im Alleinbesitz des Großaktionärs befindet und bleibt. Der Grund dafür liegt darin, daß nach den obigen Ausführungen die Treuepflicht nicht so weit geht, den Großaktionär vor sich selbst zu schützen.

Nach der hier vertretenen Auffassung führt auch ein zu geringer Ausgleich zur Nichtigkeit des Organschaftsver-

---

1) S. 101

2) Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei AGen, 1924, S. 9.

trages. Die differenzierende Behandlung, die im Regierungsentwurf zum Aktienrecht vorgesehen ist, läßt sich ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht durchführen. Nach § 293, III, 1 E.AktG tritt absolute Nichtigkeit nur ein, wenn überhaupt kein Ausgleich im Konzernvertrag vorgesehen ist. Wenn jedoch der Ausgleich lediglich zu gering ist, kann das Gericht auf Antrag den vertraglich geschuldeten Ausgleich bestimmen. Für das geltende Recht ist nur denkbar, das man bei einem zu geringen Ausgleich eine Teilnichtigkeit des Vertrages nach § 139 BGB annimt: Nichtig ist nur die Bestimmung der Höhe des Ausgleichs (Dividendengarantie). Das ist nach § 139 BGB nur dann möglich, wenn anzunehmen ist, daß die herrschende und die beherrschte AG den Vertrag geschlossen haben würden, wenn sie einen angemessenen Ausgleich vorgesehen hätten. Ob das der Fall ist, ist Tatfrage. Ein praktischer Unterschied zwischen Teilnichtigkeit und vollständiger Nichtigkeit ist jedoch im übrigen nicht vorhanden. Bei Teilnichtigkeit sind alle Weisungen rechtmäßig, jedoch muß ein angemessener Ausgleich an die freien Aktionäre gezahlt werden. Bei vollständiger Nichtigkeit müssen die Weisungen und Maßnahmen so beurteilt werden wie im reinen Beteiligungskonzern. Auch das führt darauf hinaus, daß diese nur rechtmäßig sind, wenn für einen angemessenen Ausgleich gesorgt wird.

Die Nichtigkeit des Vertrages gewährt jedoch nicht in allen Fällen einen Schutz der Kleinaktionäre, weil nur Verträge der AG mit dem Großaktionär selbst von der Nichtigkeit betroffen werden. Veranlaßt der Großaktionär die AG, mit einem anderen Konzernunternehmen einen Vertrag abzuschliessen, der die AG benachteiligt, ist der Vertrag gültig, weil das andere Konzernunternehmen keine zwingende Treuepflicht trifft. Die Treuepflicht besteht als gesetzliches Schuldverhältnis wie jedes Schuldverhältnis nur zwischen bestimmten Personen, hier zwischen dem Großaktionär einerseits und der AG und den übrigen Aktionären andererseits.

In solchen Fällen kann außer einer Schadensersatzpflicht des Großaktionärs nur die Ungültigkeit des HV-Beschlusses den Kleinaktionären Schutz bringen.

8.3 Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines HV-Beschlusses

Nach § 197, I AktG kann ein Beschluß der HV wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung angefochten werden. Hierunter kann auch die Verletzung der Treuepflicht des Großaktionärs fallen, da Gesetz i. S. dieser Bestimmung jede Rechtsnorm ist (Art. 12 EGBGB) [1], also darunter nicht nur geschriebenes Recht zu verstehen ist.

Da nach vorhergegangenen Ausführungen ein treuwidriger Vertrag nichtig ist, ist die Anfechtbarkeit eines HV-Beschlusses, der einen solchen Vertrag genehmigt (etwa nach § 256, I AktG oder bei anderen Verträgen nach § 103, II AktG), grundsätzlich nicht notwendig. Immerhin kann durch die Anfechtungsklage die Verletzung der Treuepflicht durch einen Vertrag gerichtlich festgestellt werden. Die Kleinaktionäre können andererseits jedoch unmittelbar gegen den Großaktionär klagen, weil sie aufgrund der Treuepflicht unmittelbar berechtigt sind (Feststellungsklage oder Klage auf Ausgleichsleistung).

Die Anfechtungsklage ist jedoch unentbehrlich, wenn der Großaktionär die Kleinaktionäre nicht durch Verträge, also durch offene oder verdeckte Gewinnabführung, sondern durch sonstige Maßnahmen schädigt, und diese Maßnahmen nach § 103, II AktG durch einen HV-Beschluß zu legalisieren versucht. Wenn der Großaktionär zum Beispiel die Stillegung eines Betriebs oder die Aufgabe eines Produkts zugunsten eines anderen Konzernunternehmens veranlaßt, kann ein HV-Beschluß, durch den Großaktionär (auf Grund seiner Stimmenmehrheit) diese Maßnahme billigen läßt, angefochten werden.

Anfechtbarkeit beim Verstoß gegen die Treuepflicht anzunehmen, erscheint auch deswegen gerechtfertigt, weil nach ganz allgemeiner Meinung auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen begründet.[2] Auch hierbei han-

---

1) Schilling in Großkomm.AktG § 197, Anm. 4; Baumbach-Hueck, Aktiengesellschaft 11, § 197 Anm. 2) A. (am Anfang).
2) s. Baumbach-Hueck, AktG[11], § 11 Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski[3], § 102 Anm. 5; zahlreiche Nachweise bei Goetz-Hueck, Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung, 1958, S. 311 f. Anm. 17

delt es sich um einen ungeschriebenen Grundsatz, dessen Einhaltung zur Gültigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen erforderlich ist. Ebenso läßt sich, wenn man die Treuepflicht des Großaktionärs in der hier geschilderten Weise grundsätzlich anerkennt, das Verbot eines Verstoßes gegen die Treuepflicht auch bei Hauptversammlungsbeschlüssen anerkennen. Auf jeden Fall begründet ein Verstoß gegen die Treuepflicht die Anfechtbarkeit. Darüber hinaus kann jedoch ein Hauptversammlungsbeschluß unter den Voraussetzungen des § 195 AktG nichtig sein. In Betracht kommt die Nichtigkeit nach § 195, 3 AktG.: Wenn die Treuepflicht eine Vorschrift ist, die ausschließlich oder überwiegend im öffentlichen Interesse gegeben ist. Wie allgemein anerkannt ist, ist der Begriff des öffentlichen Interesses weit auszulegen.[1] Weiter ist es allgemeine Meinung und Auffassung der amtlichen Begründung [2], daß jede Vorschrift, die nicht nur dem Interesse der derzeitigen, gerade beschließenden Aktionäre, sondern auch der künftigen Aktionäre dient, dem öffentlichen Interesse dient. Die Belange [3] der künftigen Aktionäre bedürfen des Schutzes, weil sie nicht anfechten können [4]. Das ist für Konzernverträge von großer Wichtigkeit, weil sie für längere Zeiträume beschlossen werden und so auch künftige Aktionäre schädigen können. Daraus folgt, das Hauptversammlungsbeschlüsse, die in treuewidriger Weise einen Konzernvertrag genehmigen, nicht nur anfechtbar, sondern nichtig sind [5]. Einzelverträge, die durch sog. verdeckte Gewinnausschüttung den Großaktionär oder andere konzernunternehmen oder sonstige Dritte auf kosten der Minderheit begünstigen, sind nach den angeführten Grundsätzen nur anfechtbar. Das gleiche gilt für sonstige Maßnahmen, die die AG nur zu Lasten der Kleinaktionäre schädigen.

---

1) Baumbach-Hueck, § 195 Anm. 3) E; Schilling in Großkomm. § 195 Anm. 21, 2. Abs.; Schlegelberger-Quassowski[3], § 195 Anm. 7, 2. Abs.: Zöllner, Schranken, S. 64 f, u. 577
2) in Deutscher Reichsanz. Nr. 28 v. 4.2.1932, § 195 Nr. 3 und 4.
3) s. Anmerkung 1
4) Baumbach-Hueck, a.a.O.
5) Zum gleichen Ergebnis kommt für Organschaftsverträge Zartmann in AG 1964/87 ff, S. 87 bei Anm. 2 und S. 91

8.4 Nichtigkeit der Stimme des Großaktionärs bei Verletzung der Treuepflicht

Zöllner hat auf eine weitere rechtliche Folge aufmerksam gemacht, die ein Treuepflichtverstoß nach sich ziehen kann, bisher aber kaum erörtert worden ist: Die Nichtigkeit der Einzelstimme.[1] Sie ist scharf zu unterscheiden von der Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses. Sie hat zur Folge, daß die nichtige Stimme bei der Zählung der abgegebenen Stimmen nicht mitzurechnen ist. Sie wirkt also grundsätzlich wie eine Stimmenthaltung [2]. Bei dem für das Aktienrecht geltenden Mehrheitsprinzip ist zu prüfen, ob es für das Stimmenverhältnis auf die nichtige Stimme ankommt. Ist sie erheblich, so ist der Beschluß nicht unwirksam, sondern das Beschlußergebnis kehrt sich um [3]. Das kommt jedoch nur dann in Frage, wenn der Beschluß als solcher nicht bereits wegen des gleichen Mangels nichtig ist oder durch Urteil für nichtig erklärt wird (§ 200 AktG) [4]. Für das Aktienrecht besteht darüber hinaus eine wesentliche Einschränkung hinsichtlich der Geltendmachung der Nichtigkeit der Einzelstimme: Die Feststellung des Beschlußergebnisses ist für die AG konstitutiv,[5] was zur Folge hat, daß als Ergebnis von Hauptversammlungsbeschlüssen maßgebend ist, was der Vorsitzende als solcher verkündet hat [6]. Daraus ist mit Zöllner zu folgern, daß grundsätzlich eine Berichtigung des Ergebnisses nur in Verbindung mit der Anfechtungsklage erfolgen kann, wenn das Beschlußergebnis festgestellt worden ist, ohne diese Mängel zu berücksichtigen [7]. Damit ergeben sich aus dieser Nichtigkeit der Einzelstimme gegenüber der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Beschlusses als solchem in der Mehrzahl keine praktischen Konsequenzen, worauf auch Zöllner hinweist [8]. Das

1) Schranken, § 31, S. 359-373, für den Treueverstoß im besonderen: S. 366-373
2) Zöllner, S. 359
3) Zöllner, Schranken, S. 360 m. Nachw. in Anm. 3
4) s. Zöllner, a.a.O. S. 363 unter 2.
5) Zöllner, a.a.O., S. 393 unter I.1., Würdinger, S. 157.
6) Zöllner, a.a.O. S. 397 unter I.a) mit Nachw. in Anm.16
7) Schranken, S. 363 unter 3.
8) Schranken, S. 367 unter b)

ist auch der Grund, warum bisher die Frage der Treuewidrigkeit bei der AG nicht im Hinblick auf die Einzelstimme aufgeworfen worden ist [1]. Trotzdem ist es nicht ausgeschlossen, daß der Anfechtungs- und Nichtigkeitsgrund der Treuewidrigkeit bei der Beschlußfeststellung als Grund für die Unwirksamkeit der einzelnen Stimme fungieren kann [2]. Zöllner weist auch nach [3], daß dem eine nicht erhebliche praktische Bedeutung zukommt, wenn z.B. ein Großaktionär gegen etwas stimmt: die Anfechtung oder Nichtigkeit des Beschlusses führt niemals zu einem positiven Beschlußergebnis, sondern zu einem "nullum". Wird dagegen nur die Nichtigkeit der Stimme des Großaktionärs geltend gemacht, dann wird der Beschluß nicht beseitigt, sondern das Beschlußergebnis kehrt sich um. Jedoch ist eine derartige Berichtigung oder Neufeststellung des Hauptversammlungsbeschlusses nur durch Feststellungsklage möglich, die nur in demselben Verfahren erfolgen kann, das für die Anfechtungsklage (§§ 197 ff AktG) gilt [4]. Einen ähnlichen Vorschlag hat jedoch schon die Generalklausel gebracht [5], indem sie die Ausübung des Stimmrechts für unzulässig ansah, wenn der Aktionär durch diese gesellschaftsfremde Vorteile verfolgt.

8.5 Kein Ausschluß des Großaktionärs bei gröblicher Verletzung der Treuepflicht

Ein Gesellschafter einer oHG und KG [6], der gröblich gegen seine Treuepflicht verstößt, kann nach § 140 HGB i. Verb. m. § 133 HGB aus der Gesellschaft durch Klage ausgeschlossen werden [7]. Obwohl das GmbH-Gesetz eine Ausschlußklage

1) Zöllner, a.a.O., S. 366/362 unter 2. a) und b). Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei Horrwitz für die Minderheit, "Über die Freiheit der Abstimmung im Aktienrecht" in JW 1930/2637 ff, 2641 1. Sp. "Die Abstimmung der Minderheit ist .... ungültig, wenn durch die Ablehnung des Antrags die Gesellschaft .... geschädigt wird."
2) Zöllner, S. 370 o. (gesperrt gedruckt)
3) Schranken, S. 367 f unter c)
4) Analog (Zöllner, Schranken, S. 411 unter a), Ergebnis S. 413) Anwendung des § 199, I AktG
5) s. oben Abschn. 4.3
6) § 161, II BGB; Schlegelberger-Geßler[4], 1963, § 177 Anm. 17
7) s. Schlegelberger-Geßler[4], 1963, § 133 Anm. 9

nicht vorsieht, wird sie nach der überwiegend gebilligten [1] Rechtsprechung des BGH [2] auch für das Recht der GmbH gewährt: "Aus einer GmbH kann ein Gesellschafter beim Vorliegen eines in seiner Person liegenden wichtigen Grundes ausgeschlossen werden, auch wenn die Satzung die Möglichkeit nicht eröffnet." [3]

Klagen muß die GmbH aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung [4]. Nach Meinung des BGH [5] läßt sich die Ausschließungsmöglichkeit auch aus der Treuepflicht ableiten. Es fragt sich, ob dieser Gedanke auf die AG übertragen werden kann mit der Folge, daß ein Großaktionär, der gröblich gegen seine Treuepflicht verstößt, durch Klage aus der AG ausgeschlossen werden kann. Diese Möglichkeit wird indes von früheren und jetzigen Verfechtern der Treuepflicht im Aktienrecht meist nicht einmal erwogen. Einen Ausschluß des Aktionärs bei Verletzung der Treuepflicht haben Danielcik [6] und Klausing [7] erwogen und bejaht, und zwar entweder den gänzlichen Ausschluß durch Amortisation der Aktie oder die Aberkennung einzelner oder aller Mitverwaltungsrechte. Fechner [8] befürwortet ebenfalls die Entziehung der Mitverwaltungsrechte, aber nicht den gänzlichen Ausschluß.

Diesen Ansichten kann gem. der hier entwickelten Konstruktion der Treuepflicht des Großaktionärs nicht beigepflichtet werden. Wird die Treuepflicht nicht aus einem zwischen den Aktionären bestehenden Gesellschaftsvertrag oder Gemeinschaftsverhältnis abgeleitet, kann auch eine Sanktion durch Ausschluß aus der "Gemeinschaft" der Aktionäre nicht erfolgen.

---

1) s. Hueck, Gesellschaftsrecht, 11.Aufl. § 36 VIII 2. (= S. 210); Baumbach-Hueck, GmbH, 10. Aufl. 1962, Einf. zu § 34 Anm. 1 B u. 2; Schmidt-Hachenburg, GmbH-Ges. 6. Aufl. 1956, § 34 Anm. 18; Scholz, Komm. z. GmbHGes., 2. Aufl., 1950, § 15 Anm. 65 u. § 34 Anm. 5; Vogel, § 34 Anm. 5; Gierke, Handelsrecht u. Schiffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958, § 50, VII, 2. (=S. 418)
2) BGH 17.2.1955, 16/317 ff; BGH 1.4.1953, Bd. 9/157 ff; davor das RG 13.8.1942, Bd. 169, 330
3) Leitsatz BGH 9/157
4) h.M. Strittig ist nur, ob einfache (so h.M. s. Baumbach-Hueck, Einf. zu § 34 Anm. 2 B) oder qualifizierte Mehrheit erforderlich ist (so BGH 9/177).
5) 9/163
6) § 114 Anm. 3
7) Treuepflicht des Aktionärs? in Festschrift für Schlegelberger 1934, S. 405 ff (440 ff)
8) Treuebindungen 1942, S. 79, 80

Dem steht die kapitalistische Struktur der AG entgegen. Als Schuldverhältnis besonderer Art läßt eine Verletzung der Treuepflicht nur die allgemeinen Sanktionen zu. Deswegen lehnt der BGH in dem erwähnten Urteil [1] zu Recht die Möglichkeit ab, einen Aktionär aus der AG auszuschliessen: Weil die gesellschaftliche Bindung kapitalbedingter als bei der GmbH sei, die Aktie leichter verwertbar als der Geschäftsanteil sei, die Persönlichkeit der Gesellschafter eine geringere Rolle spiele und das gesellschaftliche Verhältnis kein solches Vertrauensverhältnis erfordere, wie dies vielfach bei der GmbH der Fall sei.

---

1) BGH 9/157 ff (163)

9. Verhältnis der Treuepflicht zu anderen Rechtsgrundsätzen und Vorschriften des Aktienrechts

9.1 Verhältnis zu §§ 101, 197, II AktG

Die Treuepflicht des Großaktionärs mit den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen besteht unabhängig von den Vorschriften der §§ 101, 197, II AktG. Das ergibt sich bereits aus den Ausführungen über die genannten Bestimmungen (oben Abschn. 4), so daß nur eine kurze Wiederholung geboten erscheint.

9.11 § 101 AktG

§ 101 AktG ist ein aktienrechtlicher Spezialtatbestand einer unerlaubten Handlung und zwar einer sittenwidrigen Schädigung des § 826 BGB. Er gilt für jedermann, nicht nur für Aktionäre. Die Treuepflicht trifft dagegen nur den Großaktionär, wenn er unternehmerisch tätig wird. Die Verletzung der Treuepflicht ist keine unerlaubte Handlung, sondern eine positive Forderungsverletzung. Diese Schadensersatzpflicht tritt unabhängig neben die aus § 101 AktG. Insbesondere wird sie nicht von dem Ausnahmetatbestand des § 101 Abs. 7 AktG erfaßt. Das bedeutet, daß der Großaktionär sich auch bei einer treuewidrigen Abstimmung schadensersatzpflichtig macht. Wenn Zöllner [1] durch den Schluß a maiore ad minus zu einem anderen Ergebnis kommt, dann liegt das in seiner abweichenden Ausgangsposition. Er anerkennt für das Aktienrecht eine einen jeden Aktionär treffende Treuebindung [2]. Für eine derartige Treuepflicht ist der Schluß a maiore ad minus möglich. Wenn man dagegen nur eine Treuepflicht des Großaktionärs, und nur unter besonderen Voraussetzungen anerkennt, dann gelten für eine derartige Treuepflicht andere Maßstäbe und Grundsätze, für die nicht auf die allgemeinen Bestimmungen zurückzugreifen ist.

---

1) Schranken, S. 428 o.
2) S. 344 ff, 349 ff.

9.12 § 197, II AktG

Die Anfechtungsmöglichkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses bei Verletzung der Treuepflicht (nach § 197, I AktG) besteht neben der nach § 197, II AktG und unabhängig davon. Die Gründe sind die gleichen, die für das Verhältnis zu § 101 AktG ausschlaggebend waren: § 197, II AktG gewährt die Anfechtungsklage bei Stimmrechtsausübung zur vorsätzlichen Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile. Diese Formel hat sich aus der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen entwickelten Grundsätzen herauskristallisiert. Sie ist also nicht Ausdruck einer besonderen Treuepflicht, sondern eine äktienrechtliche Formel der guten Sitten, an die jeder Aktionär gebunden ist. Der Großaktionär ist jedoch bei der Abstimmung in der Hauptversammlung weiteren Bindungen unterworfen, wenn ein Hauptversammlungsbeschluß die Eingliederung der Aktiengesellschaft in das Unternehmen des Großaktionärs oder in ein anderes vom Großaktionär beherrschtes Unternehmen zum Gegenstand hat oder im Zusammenhang mit einer derartigen Eingliederung steht. Dann ist der Hauptversammlungsbeschluß nur der unternehmerischen Gesamtkonzeption des Großaktionärs verpflichtet, und dieser stimmt in der Hauptversammlung nicht wie jeder gewöhnliche Kleinaktionär sondern als Unternehmeraktionär ab. In diesem Fall besteht für ihn die verstärkte Bindung durch die Treuepflicht.

9.2 Verhältnis der Treuepflicht zum Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung

Wenn es sich auch in den vorangegangenen Ausführungen nicht vermeiden ließ, den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung gelegentlich zu erwähnen, so ist dennoch bewußt davon Abstand genommen worden, näher auf ihn einzugehen. Der Gleichheitssatz ist in zahlreichen Entscheidungen des RG und des BGH [1] ohne weitere Begründung als das Aktienrecht und das gesamte Korporationsrecht beherrschender Grundsatz aner-

1) Zuletzt BGH 6.10.1960, BGH 33/175 (186); s. im übrigen die Aufzählung bei Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 51 Anm. 10

kannt und vom Schrifttum übernommen worden [1].

Der grundsätzliche Inhalt lautet, daß im Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses jedes Mitglied bei gleichen Voraussetzungen ebenso behandelt werden muß wie alle übrigen, also unter gleichen Voraussetzungen gleiche Beteiligung aller Gesellschafter an den Rechten und Pflichten [2]. Negativ gefaßt bedeutet er das Verbot, "willkürlicher unterschiedlicher Behandlung oder das Verbot sachfremder Differenzierung" [3].

Eine Gegenüberstellung des Gleichheitssatzes und der Treuepflicht ist allein schon deswegen geboten, weil sich ihr Anwendungsbereich zum größten Teil deckt. Der Gleichheitssatz dient ebenfalls vor allem dem Schutz der Minderheit insbesonderer im Konzernverband [4] und seine Verletzung begründet die Anfechtbarkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses nach § 197, I AktG [5].

So verschieden auch die Begründungen des Gleichheitssatzes sind - aus der Verfassung (Art. 3, I, GG), den guten Sitten, Treu und Glauben, dem Gründerwillen, der Mehrheitsherrschaft oder überpositiven Normen [6] - auch sie weisen eine Parallelität mit den ebenfalls unterschiedlichsten Begründungen der Treuepflicht auf. Auch die von Götz Hueck entwickelte Begründung zeigt diese Parallelität: Wenn er auch den Geltungsgrund des Gleichheitssatzes letztlich im

---

1) s. Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. § 1 Anm. 12; Baumbach-Hueck, AktG § 11 Anm. 1; Würdinger, Aktienrecht, S. 46 u. S. 225; Zöllner, Schranken, 1963, S.301 ff. Im übrigen bietet einen Überblick über die umfangreiche Literatur Zöllner, a.a.O., S. 301, Anm. 1 und Hueck, a.a.O., S. 52, Anm. 11

2) s. Hueck, a.a.O., S. 179; Zöllner, a.a.O., S. 302; Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O., § 1 Anm. 12

3) Wiethölter, Interessen und Organisation der AG etc., S. 104 o., sowie Hueck, a.a.O. S. 180 m. Nachw. u. Zöllner, a.a.O., S. 302

4) Würdinger, Aktienrecht, S. 225; Schilling in Großkomm. AktG, § 256 Anm. 7, insbes. Götz Hueck, a.a.O., S. 305 m. Nachw. auf S, 41 Anm. 4 und S. 54 Anm. 16.

5) Würdinger, S. 166; Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 1 Anm. 12, 3. Abs.; Schilling in Großkomm., § 195 Anm. 19; § 197 Anm. 5; Baumbach-Hueck, AktG, § 11, Anm. 1; Schlegelberger Quassowski, § 101 Anm. 5.

6) Götz Hueck behandelt diese Begründungen auf S. 95 ff, 106 f, 107 ff, 113 ff, 115 ff

überpositiven Recht erblickt [1], so muß für das Privatrecht doch ein besonderes weiteres Merkmal hinzutreten, um eine Rechtspflicht entstehen zu lassen [2], das meistens im Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses liegt [3]. Das gilt auch für die AG, da auch Körperschaften zu den Gemeinschaftsverhältnissen im weiteren Sinne gehören [4]. Deswegen besteht ein notwendiger Zusammenhang zwischen Gleichbehandlung und Gemeinschaftsbindung [5]. Hier findet sich also die gleiche Grundlage, die auch für Entstehen von Treuepflichten vielfach herangezogen wird. Gerade für Aktiengesellschaften findet sich für die Treuepflicht und das Gleichbehandlungsgebot das gleiche Subjekt, an die sich diese Grundsätze wenden: Nach Goetz Hueck [6] richtet sich das Gleichbehandlungsgebot gegen Organe und Mitglieder, die in der Lage sind, durch ihr Verhalten auf die internen Verhältnisse der Gemeinschaft und auf die rechtliche und tatsächliche Stellung der daran beteiligten Personen einzuwirken.

Verstößt ein Hauptversammlungsbeschluß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, ist darin ein Anfechtungsgrund nach § 197 Abs. 1 AktG zu sehen [7]. Er ist also nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Wenn der Vorstand gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, etwa bei der ihm überlassenen Zuteilung neuer Aktien [8], haben die Benachteiligten einen Rechtsanspruch auf Leistung des ihnen vorenthaltenen Vorzuges [9].

---

1) a.a.O., S. 169: letzte Grundlage der Gleichbehandlung sei das für die gesamte Rechtsordnung maßgebende Gerechtigkeitsprinzip, dessen gesetzlicher Ausdruck Art. 3 GG ist.
2) a.a.O., S. 169 unter 2.
3) a.a.O., S. 170
4) a.a.O., S. 128
5) a.a.O., S. 153
6) a.a.O., S. 287 unter a)
7) Würdinger, § 25 V 2. = S. 166 unter Hinweis auf RG 68, 213; 113, 156; 119,228; 120,180; Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm.AktG § 1 Anm. 12, Baumbach-Hueck, § 11 Anm.1)
8) Götz Hueck, S. 341
9) Götz Hueck, S. 302 f und 343

Angesichts dieser weitgehenden Übereinstimmung von Treuepflicht und Gleichbehandlungssatz hinsichtlich der Begründung und des Anwendungsbereichs ist es nicht verwunderlich, daß auf der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung verwiesen wird, wenn eine Treuepflicht für das Aktienrecht abgelehnt wird [1]. Soweit aber die Treuepflicht für das Aktienrecht anerkannt wird, unterliegt ihr Verhältnis zum Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung verschiedenen Würdigungen. Wechner, der grundsätzlich eine "Treuebindung" der Aktionäre untereinander anerkennt [2], erblickt im Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung eine Konkretisierung der aus § 242 BGB herzuleitenden Treuebindung [3]. Er sieht jedoch im Bereich des Stimmrechts diesen Grundsatz durch § 197, II AktG als verdrängt an [4]. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung wird auch neben der Treuepflicht (oder Gesellschaftstreue) [5] aufgeführt [6], wobei ihr Verhältnis zueinander unklar bleibt.

Ausgangspunkt der eigenen Stellungnahme ist, daß die hier entwickelte Treuepflicht des Großaktionärs keinen Gegensatz zum Gleichbehandlungsgrundsatz bildet, sondern diesen umfaßt. Wenn man den Inhalt der Treuepflicht darin erblickt, nicht die Interessen der Aktiengesellschaft und der Aktionäre bei der faktischen Ausübung der Organfunktionen zu verletzen, sind die Kleinaktionäre so geschützt, daß der Schutz durch den Gleichheitssatz darin aufgeht. Die Treuepflicht erscheint also als das umfassendere Prinzip. Diese Tatsache ist einleuchtend, wenn man sowohl die Treuepflicht als auch den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aus § 242 BGB ableitet [7], oder den Grundsatz der

---

1) Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm.AktG, § 1 Anm. 86; Würdinger, AktR, S. 45-46, ähnlich: Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 256
2) Treuebindung, 1942, S. 88
3) a.a.O., S. 93 f
4) a.a.O., S. 100, ihm folgend Westermann, Konzerngewalt, S. 345 unten
5) Schilling in Großkomm.AktG, § 256 Anm. 7
6) so insbesondere Zöllner, Schranken, S. 301 ff und 335 ff
7) siehe die bei Götz Hueck, "Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung", S. 108 Anm. 4, Zitierten, und Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 359.

Gleichbehandlung aus der Treuepflicht ableitet [1]. Das bedeutet, daß der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung als ein besonderes Institut neben einer Treuepflicht, zumindest für die hier erfaßten Sachverhalte, überflüssig ist. Deswegen ist mit Ritter zu verneinen, daß der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung neben der Treuepflicht als selbständiges Rechtsinstitut bestehen muß [2]. Dieses Ergebnis wird durch die neuere eingehende Untersuchung von Wiethölter [3] bestätigt, der nachweist, daß sich der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Aktienrecht im Ernstfall als "zu schwaches Geschütz entpuppt" [4] und den er "im ganzen für eher schädlich als nützlich" hält, soweit das Aktienrecht betroffen ist [5]. Zunächst geht Wiethölter den "imposanten Entscheidungsketten" nach, die "die Anmerkungen in den einschlägigen Beiträgen zieren und jeden Zweifel gleichsam im Ansatz ersticken". Er bricht durch eine sorgfältige Analyse [6] die "geradezu legendäre Kraft" [7] aller Entscheidungen. Seine statistische Auswertung der Analyse [8] ergibt, daß nur drei Entscheidungen des RG (entschieden 1902, 1912, 1925) auf die Gleichbehandlung gestützt sind, wobei in einem Fall die Gleichbehandlung ein überflüssiges "zweites Bein" der Entscheidung ist. Das Ergebnis: "Mir scheint deshalb, der Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Aktienrecht nicht im Laufe der Zeit zu selbständiger Bedeutung aus Verquickungen mit anderen Grundsätzen herausgewachsen, sondern umgekehrt im Laufe der Zeit untergegangen" [9]. Den Hauptnachteil des Gleichbehandlungsgrundsatzes, der zu seiner Unbrauchbarkeit führt, sieht Wiethöfer in dessen formalen Charakter [10]. Der formale Charakter zeigt sich in der für das Aktienrecht not-

---

1) siehe letzte Anmerkung auf vorhergehender Seite
2) "Gleichmäßige Behandlung der Aktionäre" in JW 1934, S. 3025 ff (3026 l. Sp. unter 3.) und "Aktienrecht" (1939), § 1 Anm. 4 d)
3) Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft usw., 1961, S. 103-131.
4) a.a.O., S. 105
5) a.a.O., S. 108 vor 3.
6) auf S. 108-118
7) auf S. 108
8) auf S. 121
9) auf S. 121
10) auf S. 121

wendigen Relativierung der Gleichbehandlung: "Relative Gleichbehandlung ist nicht Gleichbehandlung sondern Verschiedenbehandlung" [1], ist "Fiktion der Gleichbehandlung"[2]. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als formales Kriterium kann neben der hier entwickelten Treuepflicht als materiellem Kritierium nicht die Bedeutung eines selbständigen Grundsatzes haben. Vielmehr geht er in der Treuepflicht auf. Auch Zöllner muß zugeben [3], daß der durch den Gleichbehandlungsgrundsatz gewährte Interessenschutz infolge seiner lediglich relativen Wirkung unvollkommen sei. Wie Zöllner zu Recht feststellt, versagt der Schutz vollständig, wenn bei einer konzernangehörigen AG Maßnahmen beschlossen werden, die ein anderes Konzernunternehmen begünstigen, das an der geschädigten AG nicht beteiligt ist. Aus dem gleichen Grund sieht auch Mestmäcker [4] das Prinzip der Gleichbehandlung als nicht ausreichend an. Wiethölter weist seine These, daß die Bindung an den formalen Gleichheitssatz durch eine materielle Bindung ersetzt werden muß, an Hand der wichtigsten Frage [5], des Ausschlusses des Bezugsrechts, nach [6]. Er wendet [7] sich gegen die These von Götz Hueck [8], daß beim Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts Mehrheit und Verwaltung (beim genehmigten Kapital:§§ 169, 171, 1 AktG)an den Gleichheitssatz gebunden sind. Mestmäcker konnte sich für seine gegenteilige Ansicht auf den BGH [9] berufen. Dieser hat jedoch nach Zurückverweisung denselben Fall erneut entschieden und dabei den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung angewendet [10]. Damit ist aber den Ausführungen von Mestmäcker nichts von ihrer Überzeugungskraft

---

1) Wiethölter, a.a.O., S. 107 u.
2) Wiethölter, a.a.O., S. 108 o.
3) Schranken, S. 307
4) Konzerngewalt, S. 151
5) a.a.O., S. 122 o.
6) a.a.O., S. 122-131, insbesondere S. 123-129; ähnlich: Mestmäcker, a.a.O.; (Konzerngewalt S. 151)
7) a.a.O., S. 124
8) Grundsatz, S. 333-349, S. 339 m. Nachw. in Anm. 15
9) s.S. 129 unter c) i.V.m. S. 118: BGH 20/363 ff
10) BGH 6.10.1960, 30/175 (186)

genommen, weil der BGH ohne eigene Begründung Götz Hueck folgt [1]. Mestmäcker hat die neuere Entscheidung des BGH eingehend kritisiert [2] und dabei auch die These bekämpft, bei Kapitalerhöhungen sei die Verwaltung an den Gleichheitssatz gebunden, wenn das Bezugsrecht ausgeschlossen sei [3]. Er weist darauf hin, daß das RG das Gegenteil angenommen habe [4] und ein Teil des Schrifttums, auf das sich Götz Hueck für die eigene Ansicht beruft [5], hierfür nicht in Anspruch genommen werden kann [6]. Auffallenderweise hat auch Robert Fischer [7] die Anwendung des Gleichheitssatzes bei Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts ausdrücklich abgelehnt und diese Ansicht als unstreitig angesehen. Er greift deshalb ebenfalls auf die Bindung an materielle Kriterien zurück [8] und sieht es z.B. als ein Gebot von Treu und Glauben an, daß die Bildung unnötiger Spitzen für die Ausübung des Bezugsrechts vermieden wird [9]. Zöllner hat sich Götz Hueck angeschlossen [10] und sich in jedoch nicht überzeugender Weise gegen Wiethölter gewandt [11]. Gleichgültig, welche Stellung man in dieser Auseinandersetzung bezieht, auf jeden Fall läßt sich für die hier vertretene These folgendes feststellen: Der Gleichheitssatz ist in den wirklich wichtigen Fällen nur mit Schwierigkeiten heranzuziehen und bietet keinesfalls einen umfassenden Schutz. Er kann eine materielle Bindung der Großaktionäre nicht ersetzen. Wenn für den Großaktionär jedoch eine umfassende materielle Bindung durch die Treuepflicht besteht, ist daneben für den Gleichheitssatz als besonderes Institut kein Raum mehr.

---

1) a.a.O., Bd. 33, S. 186
2) in BB 61/945-952 "Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen"
3) in BB 61/949-951
4) RG 16.9.1927, Bd. 118/67 ff (71)
5) "Grundsatz", S. 339 Anm. 15
6) BB 61/950
7) in Großkomm.AktG 2. Aufl. (1959), § 153, Anm. 14
8) a.a.O.,§ 153 Anm. 16
9) a.a.O.,§ 153 Anm. 16, 2. Abs.
10) Schranken, S. 311/312
11) Schranken, S. 312, Anm. 47

9.3 Verhältnis zum Grundsatz der Bindung an das Gesellschaftsinteresse

Die Bindung der Mitglieder einer Personenvereinigung an den Zweck folgt schon aus dem Wesen der Verbände. Hierzu hat Küster [1] die Ansicht entwickelt, daß sich Inhalt von Grenzen der gesellschaftlichen Mitwirkungsbefugnisse, vor allem auch des Stimmrechts, danach bestimmen, ob die Ausübung objektiv geeignet sein kann, der Förderung des Gesellschaftszwecks zu dienen. Durch diese Zweckbindung will Küster auch eine Bindung durch die Treuepflicht [2] ersetzen. Mit Anerkennung einer Treuepflicht entfällt jedoch die Notwendigkeit, eine daneben bestehende Bindung durch den Gesellschaftszweck anzuerkennen. Das folgt bereits daraus, daß Inhalt und Grenzen der Treuepflicht, wie bereits für die Treuepflicht bei den Personalgesellschaften (Abschn. 7.11) geschildert, sich am besten als Zweckförderungspflicht begreifen lassen [3]. Zöllner [4] läßt jedoch, obwohl er die Ansicht von Küster in verschiedenen Punkten als zu weitgehend ansieht [5], die Bindung an den Gesellschaftszweck neben die Treuebindung treten. Das ist eine Folge davon, daß Zöllner zwischen Verbandszweck und Verbandsinteresse unterscheidet [6], obwohl er beide als "siamesische Zwillingsbrüder" ansieht [7] und die Funktion des Verbandszwecks in der sachlichen Abgrenzung der Verbandsinteressen sieht [8].

In Anbetracht der so getroffenen Unterscheidung ist jedoch nicht klar ersichtlich, warum Zöllner die Bindung an den Gesellschaftszweck neben die Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Verbandsinteresse [9] stellt. Offenbar sieht er den Unterschied zur Bindung durch die Treuepflicht darin, daß die Bindung durch den Verbandszweck negativer Art ist [10],

---

1) Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts, im deutschen Gesellschaftsrecht, 1954, 95 S., insbesondere S. 83
2) s. a.a.O., S. 90
3) Knöpfel, Diss., München, Treuepflicht im Recht der GmbH, § 8, S. 41
4) Schranken, § 29, S. 318 ff
5) Schranken, S. 320/321
6) Schranken, § 2, S. 17 ff, insbesondere S. 23 ff
7) Schranken, S. 318
8) Schranken, S. 25 unter 3.
9) Überschrift des § 30, Abschn. II, S. 344
10) Schranken, S. 335 unter V.

während die Treuepflicht eine positive Bindung an den Verbandszweck herbeiführt, die sich darin äußert, daß das Mitglied verpflichtet ist, für einen bestimmten Beschluß zu stimmen. Aber auch daraus geht hervor, daß die Treuepflicht und Bindung an den Gesellschaftszweck nicht nebeneinander bestehen, sonden die Treuepflicht die Bindung an den Gesellschaftszweck umfaßt.

10 Schlußbetrachtung

In Aktiengesellschaften, die von einem Großaktionär beherrscht und in einen Konzern eingegliedert sind, ist ein ausreichender Schutz der konzernfreien Kleinaktionäre durch die positiv-rechtlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes (§§ 101, 197, II AktG) nicht gewährleistet. Dieser kann nur durch die Annahme einer Treuepflicht erreicht werden. Eine Geltung der Treuepflicht im Aktienrecht ist sehr umstritten. Ganz allgemein läßt sie sich auch nicht begründen. Vielmehr hat der gewöhnliche Aktionär nur solch schwache Bindungen zur AG, daß diese nicht Ausdruck einer Treuepflicht sein können. Etwas anderes gilt jedoch für den Großaktionär, der unternehmerisch tätig wird. Sobald dieser faktisch Organfunktionen ausübt, trifft ihn eine Treuepflicht gegenüber der AG und den Kleinaktionären. Dabei kann auch das berechtigte Interesse des Großaktionärs durch die Zuerkennung eines Konzerninteresses berücksichtigt werden. Dieses führt nicht zur Aufhebung, sondern zur inhaltlichen Änderung der Treuepflicht. Eine Anbahnung dieser Lösung findet sich in der Literatur immer häufiger. Sie hat den Vorteil, daß sie eine befriedigende Begründung für den heute überwiegend (im Rahmen des § 101, III AktG und bei Konzernverträgen) anerkannten Ausgleichsanspruch bietet. Darüber hinaus vermeidet diese Lösung eine Vermengung der Treuepflicht mit den in §§ 101, 197, II AktG geregelten Grundsätzen, die Ausdruck einer aktienrechtlichen Bindung an die guten Sitten sind.

Die Annahme einer Treuepflicht des Großaktionärs unter bestimmten Voraussetzungen führt im wesentlichen zu den gleichen Rechtsfolgen, die im Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes vorgesehen sind. Das zeigt, eine wie sachgemäße Lösung die angestrebte Reform bringt. Mit der Annahme einer Treuepflicht lassen sich für das geltende Recht schon die gleichen Grundsätze anwenden.

Hans Fehrensen

L e b e n s l a u f

Am 13. Juli 1934 wurde ich in Göttingen als dritter Sohn des Fabrikanten Georg Fehrensen aus Hann.-Münden und seiner Ehefrau Margarethe, geborene Weitemeyer, geboren.

In Hann.-Münden besuchte ich ab 1940 die Volksschule und anschließend das Städtische Gymnasium, an dem ich im Frühjahr 1954 das Abitur erhielt.

Nach einer halbjährigen praktischen Arbeit begann ich im Wintersemester 1954/55 das Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg. In München setzte ich das Studium fort, wo ich im Frühjahr 1959 die erste juristische Staatsprüfung ablegte.

Während der Referendarzeit war ich in Freising, München, Hannover, Lüneburg und Celle. Am 20.9.1963 absolvierte ich die große juristische Staatsprüfung in Hannover.